الإرادة العقدية وشوائبها في الفقه الإسلامي

د. أحمد يوسف صمادي *

* الأستاذ المساعد في جامعة آل البيت – كلية الدراسات الفقهية والقانونية – قسم الفقه والأصول.

ملخص البحث:

بعد حمد الله وتوفيقه توصلت في هذا البحث إلى أهم الأمور ملخصة على النحو التالي:

١ – الإرادة العقدية هي القصد إلى إنشاء العقد وإبرامه بما يدل عليه.

٢ – يجوز تولي طرفي العقد من شخص واحد إذا كانت له ولاية أو وصاية أو وكالة شرعية.

٣ – الإرادة العقدية نوعان: باطنة وظاهرة، فالأولى لا يطلع عليها إلا الله ثم صاحبها والعقود لا تقوم بهذه الإرادة، لأنه لا ينسب إلى ساكت قول.ويستثنى من ذلك سكوت البنت البكر في عقد الزواج الذي يدل على رضاها وإذنها.

والظاهرة هي المعبرة عن الإرادة الحقيقية بالنطق وبالفعل وبالإشارة والكتابة.

٤ – إن الإرادة الظاهرة قد توجد وحدها في الواقع العملي مجردة عن الإرادة الحقيقية، لوجود دليل على انعدامها أو انتفائها أو على الشك بها. فانتفاؤها وانعدامها يجعل العقد صوريا، والشك بها يجعل الإرادة معيبة.

٥ – إن العقد الصوري يكون في ثلاث حالات هي: ١- المواضعة؛ وهي أن يتفق العاقدان سراً على خلاف ما سيعلنانه. ٢- الهزل. ٣- التعليم والتمثيل.

٦ – إن الإرادة الظاهرة تكون معيبة في ثلاث حالات:١- الإكراه. ٢- الخديعة. ٣- الغلط.

مقدمة

الحمد لله الذي أكمل لنا ديننا، وأسبغ علينا نعمه ظاهرة وباطنة، ورضي لنا الإسلام دينا، وهدانا سواء السبيل، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه، وسار إلى يوم الدين على هداه. وبعد:

فإن الله تعالى لما خلق عباده لم يتركهم هملا – إنه هو الحي القيوم، سبحانه – دون تنظيم معاملاتهم بل أرسل رسله وأنزل عليهم كتبه، ليقتدوا بهم ويسيروا على نهجهم، ثم ختم رسله بسيد المرسلين، فأرسله برسالة خالدة، فهي المنهاج القويم التي حوت الأحكام والقواعد العامة المنظمة لشؤون الحياة سمحة يسرة، فيها العدل والرحمة، والسعادة والنجاة.

ولما كانت الحياة متجددة والحوادث ممتدة والنصوص محدودة وأن الله تعالى لم يجعل علينا حرجاً في هذا الدين . قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (الحج: آيه ٧٨) وقال: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ (البقرة: آيه ١٨٥) جاز لنا الاجتهاد وفق هذه النصوص مما جعل هذه الشريعة مرنة صالحة لكل زمان ومكان.

وبما أن الإنسان مدني بطبعه فإن تصرفاته ومعاملاته ستكون متعددة ومتنوعة، خاصة في زمان كثر فيه الناس، وتقدمت فيه سبل وجوانب الحياة المدنية، لذلك اهتم الفقهاء بهذه التصرفات والمعاملات، قطعا للمنازعات والخلافات بين الناس، حتى يستقر التعامل بينهم .

ولما كانت هذه التصرفات والمعاملات تعتمد على مرتكزات والتي منها إرادة الشخص فيها.أحببت أن أبحث في هذه الإرادة، لكن في جزء من هذه التصرفات، فاقتصرت على الإرادة العقدية، وكان هذا العنوان "الإرادة العقدية وشوائبها في الفقه الإسلامي".

منهجي في البحث:

ذكر أقوال الفقهاء في المسائل المعروضة من المذاهب.مع عدم الاقتصار على المذاهب الأربعة في البحث، بل ذكرت أقوال غيرهم من الفقهاء . وترجيح بين الآراء الفقهية في مواطن الترجيح، معتمدا في ذلك على قوة الدليل والمصلحه التي تقتضيها طبيعة هذا الفقه في هذا العصر. وتخريج الآيات والأحاديث.

وأخيرا أسأل الله تعالى أن أكون موفقا في هذا البحث، فإذا أصبت فذلك الفضل من الله، وإن أخطأت فإني أستغفره وأتوب إليه سبحانه، وجزى الله خيرا كل من أبدى لي وجه الخلل فيه.

سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك .

تعريف الإرادة العقدية :

الإرادة: هي القصد إلى الشيء والاتجاه إليه[١]. وهذا التعريف شامل لجميع أنواع الإرادة، والتي منها إرادة العقد. وأما الإرادة العقدية فلم يعرفها – فيما أعلم حسب المراجع التي عثرت عليها – إلا الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، وهي عنده عبارة عن القوة المولدة للعقد[٢] .

والقوة المولدة للعقد هي الدافع والباعث له – أي الغاية الشخصية للعاقد – وهي مغايرة للإرادة العقدية، فالباعث لبعض الناس على البيع هو الحاجة إلى الثمن، لشراء بضاعة جديده إن كان تاجرا، أو لسداد دين، أو لإنفاقه على نفسه وأسرته، وقد يكون الباعث الطمع في مال المخطوبة أوفي جمالها أو غير ذلك من البواعث، وهذا بخلاف إرادة العقد التي تدل على الرضا في إنشاء العقد وإبرامه، فالعاقد في جميع الأحوال السابقة أراد العقد ورضي به مع تعدد الباعث واختلافه.

ومما يدل على الفرق بين الإرادة والباعث هو استعمال الفقهاء عبارة عيوب الإرادة بمعنى عيوب الرضا، ولو كانت الإرادة بمعنى الباعث لقالوا: عيوب الباعث بدل عيوب الرضا[٣]. وبعد توضيح الفرق بين الإرادة والباعث أو القوة المولدة أرى أن تعريف الإرادة العقدية هو القصد إلى إنشاء العقد وإبرامه بما يدل عليه .

وبما أن العقد ينشيء آثاراً وحقوقاً والتزامات متبادلة كتسليم البائع المبيع مقابل الثمن للمشتري ورد المبيع بالعيب وتسليم الزوج المهر لزوجته مقابل

---

(١) القره داغي، علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ ١٩٨٥، ١/١٩٦.

(٢) زحيلي، وهبة ,الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق ط٣، ١٤٠٩هـ ١٩٨٩، ٤/ ١٨٨.

(٣) المرجع السابق ٤/٢١٢. الزرقاء مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ط٩، ١٩٦٧ ـ١٩٦٨، ١/٣٦٤.

تسليم نفسها له والشخص الواحد لا يكون مملكاً وممتلكاً طالباً ومطالباً في وقت واحد - وجب أن لا يتولى طرفي العقد - الإيجاب والقبول - شخص واحد، بل شخصان فأكثر، لأن كلاً من الإيجاب والقبول تعبير عن إرادة صاحبه، وعليه فإن الإرادة العقدية يجب أن تكون متعددة، إرادة إيجاب، وإرادة قبول.

ومع أن الأصل والواجب في العقود الشرعية صدور الإيجاب من طرف والقبول من طرف آخر إلا أن الفقهاء اختلفوا في صدورهما من طرف واحد، فالحنفية - عدا زفر - أجازوا للأب تولي طرفي العقد، وذلك لوجود الشفقة الأبوية تجاه الصغير، فلو قال أبو الصغير: بعت مالي - أرضي - لولدي الصغير فلان بكذا ألف دينار انعقد البيع دون حاجة إلى قبول الأب أو قبول شخص آخر لهذا البيع، وكذلك إذا أراد أبو الصغير شراء مال ولده الصغير لنفسه شريطة أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة.

كما لوالد الصغير تولي طرفي العقد إذا أراد بيع مال ولده الصغير من ولد صغير آخر له، فلو قال: قد بعت هذا المال المملوك لولدي الصغير فلان من ولدي الصغير الآخر فلان بكذا انعقد البيع.

ويقوم مقام الأب بعد وفاته الجد والوصي والقاضي. إلا أن وصي الأب مقيد تعامله مع الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن يكون تصرفه بمال الصغير لنفسه بمثل القيمة أو بما فيه نفع ظاهر له، لأنه مرضي الأب، والظاهر ما رضي به إلا لوفور شفقته على الصغير. وعند محمد لا يجوز تصرف الوصي بمال الصغير لنفسه. ويمكن أن يكون شخص واحد في البيع رسولا لكلا العاقدين.

ولا يجوز أن يتولى طرفي العقد شخص واحد باعتباره وكيلاً عن البائع وعن المشتري،[(١)]

---

(١) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط، ١٣٩٤هـ ١٩٧٤، ٥/ص١٣٥، ١٣٦. ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، للحصكفي، مطبعة مصطفى الحلبي. مصر، ط٢، ١٣٨٦هـ ١٩٦٦ ٤/ص٥٠٤.

هذا في البيع، وأما في النكاح فإنه يجوز عند الحنفية - عدا زفر - للشخص الواحد تولي طرفي العقد بإيجاب يقوم مقام القبول - أي دون حاجته إلى قبول - في خمس صور هي[١]:

١ - إذا كان الشخص ولي الطرفين، كأن يزوج الجد بنت ابنه الصغيرة لابن ابنه الصغير.

٢ - إذا كان وكيلاً من الجانبين، كقوله: زوجت موكلي فلاناً من موكلتي فلانة .

٣ - إذ كان أصيلاً من جانب وولياً من جانب آخر، كابن العم يتزوج بنت عمه الصغيرة التي تحت ولايته فيقول أمام الشهود: تزوجت بنت عمي فلانة .

٤ - إذا كان أصيلاً من جانب ووكيلاً من جانب آخر، كما لو وكلت امرأة رجلاً ليزوجها من نفسه.

٥ - إذا كان ولياً من جانب ووكيلاً من جانب، كقوله: زوجت بنتي من موكلي .

واستدل هؤلاء بما روي أن رسول الله ﷺ قال لرجل: "أترضى أن أزوجك فلانة ؟ فقال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلاناً؟ فقالت: نعم، فزوج أحدهما بالآخر". [٢]واستدلوا بما أخرجه البخاري "أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قال لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم قال: قد تزوجتك"[٣].

وعند المالكية والظاهرية ورواية عن أحمد [٤] انه يجوز للشخص الواحد

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣/ ١٣٣١، مطبعة الإمام، مصر.

(٢) أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الحديث، القاهرة، ٢/ ٢٤٤. قال عنه الألباني: صحيح، الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن أبي داود، مكتبة المعارف، الرياض، ط٢، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠، كتاب النكاح، ١/ ٥٩١.

(٣) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، صحيح البخاري، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ ١٩٨١، ٦/ ١٣٣.

(٤) دسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ٣/ ٣٨٧.ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ٥/ ١١٧. ١١٩. القليصي، علي أحمد، فقه المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ط٢، ١٤١٤هـ ١٩٩٣، ١/ ٢٧.

تولي طرفي العقد إذا كان له ولاية شرعية أو وكالة، وتكون عبارته تمثل عبارتين، الأولى: بوصفه أصيلاً عن نفسه، وتقوم مقام الإيجاب، والثانية: بوصفه وكيلاً عن غيره، وتقوم مقام القبول. إلا أنه إذا أراد أن يبيع أو يشتري لنفسه فإنه يشترط عند المالكية الإذن له من الموكل في البيع أو الشراء وبعد تناهي الرغبات(١). وعند الظاهرية يشترط أن لا يحابي نفسه(٢).

هذا في الأمور المالية، أما النكاح: فيجوز عند المالكية وابن حزم ورواية عند الحنابلة أن يتولى طرفي العقد شخص واحد(٣)، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وتزوجها، وجعل عتقها صداقها(٤)، ولحديث أبي داود والبخاري السابقين(٥).

وعند الحنابلة روايتان، إحداهما: لا يجوز، والثانية: يجوز بشرط أن يزيد على ثمنه في النداء أي المساومة وأن يتولى النداء المساومة غيره(٦).

وعند الشافعية يجوز للأب والجد والأم إذا كانت وصية تولي طرفي العقد، كبيع ماله من طفله، أو شراء مال طفله لنفسه. وأما بيع مال أحد ابنيه من الآخر – وهما تحت حجره فالوجه – الظاهر عند الشافعية أنه يصح، وأما الوجه الثاني فلا يصح للأب تولي طرفي العقد في هذا البيع . وأما الحاكم والوكيل فلا يجوز له تولي طرفي العقد، وعليه فإن الأب إذا أقام وصياً على ابنه فإنه لا يجوز له تولي طرفي العقد، لأنه في هذه الحالة نائب عن الحاكم(٧).

---

(١) دسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٣٨٧.

(٢) ابن حزم، أبو محمد بن سعيد، المحلى، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ٨/٣٢٤و ٩/٤٧٤.

(٣) دسوقي، حاشية الدسوقي، ٢/٢٣٣. العدوي، شيخ علي، حاشية العدوي، دار الفكر، ٣/١٩٠، ١٩١. الخرشي، محمد، شرح الخرشي، دار الفكر، ٣/١٩٠، ١٩١. ابن قدامة، المغني، ٦/٤٧٠. أبن حزم، المحلى، ٩/٤٧٤، ط دار الآفاق الجديدة.

(٤) مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم بشرح النووي، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٤١٥هـ ١٩٩٥م، كتاب النكاح، باب فضيلة اعتاقه أمة ثم تزوجها، ٩/٢٢١-٢٢٨.

(٥) انظر هـ ٣ وهـ ٤ مع المتن ص ٣.

(٦) ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ٥/ ٢٣٧، ط دار الكتاب العربي.

(٧) شربيني، محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج على متن المنهاج لأبي يحيى بن شرف النووي، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر١٣٧٧هـ ١٩٥٨، ٢/٣.

وهذا الحكم سار على جميع العقود في النكاح والأموال[١].

ولم يرد قرآن ولا سنة بالمنع من أن يبيع ممن ينظر له لنفسه، أو يشتري له من نفسه[٢].

وذهبت الزيدية إلى أن كل عقد اشتمل على مالين من كلا الطرفين - كالبيع والإجارة ونحوهما - لا يصح أن يتولى الإيجاب والقبول فيه عاقد واحد مطلقاً سواء كان أبا أو حاكماً أو وكيلاً أو غيرهم ممن له ولاية شرعية، وكذلك ما في حكم العاقد الواحد - وهو أن يوكل ولي الصغير وكيلاً يشتري للصغير من الولي - فإن ذلك لا يصح، لأن وكيل الولي قائم مقامه، وسواء كان الولي هو الأب أو الجد أو الوصي أو الحاكم . وإذا أراد الأب أو الجد أو الوصي أو الحاكم أن يبيع ماله من الصغير بعد أن يقبضه المشتري . فلو امتنع المشتري من بيعه كان له استرداده إذ يثبت للولي الخيار، لأن المبيع إليه على عوض ولم يحصل، وللولي أن يشتري مال الصغير من القاضي أو يبيع منه للصغير، لأن له الولاية فيما كان، وبذلك يكون البيع والشراء قد تم بين طرفين.

وأما النكاح فيصح أن يتولى الإيجاب والقبول شخص واحد، إما بوكالة من الزوج والولي، أو بالولاية على نحو صغيرين أو مجنونين[٣].

وذهب زفر من الحنفية إلى عدم جواز تولي العقد - الإيجاب والقبول - شخص واحد مطلقاً، سواء كان أباً أوجداً أو حاكماً، بل يجب أن يتولى كل طرف من العقد شخص فأكثر، وهذا في جميع العقود[٤].

وقال الأباضية - في المعتمد عندهم - بقول زفر في الأمور المالية، وذهب

---

(١) شربيني، مغني المحتاج، ٣/١٦٣ . نووي، منهاج الطالبين، ٣/١٦٣
(٢) ابن حزم، المحلى، ٨/٣٢٤، ط دار الآفاق الجديدة.
(٣) العنسي، أحمد بن قاسم، التاج المذهب، دار الحمكة اليمانية، صنعاء، ١٤١٤هـ ١٩٩٣، ٢/٣٠٩، ٣١٠، ٣١٨، ٢٧. المرتضى، أحمد بن يحيى، شرح الأزهار، مطبعة المعارف، مصر، ١٣٤٠هـ، ٣/٤، ٢/٢٣٤.
(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/١٣٦، ٢/٢٣١، ط دار الكتب العلمية .

بعضهم إلى جواز أن يكون الواحد بائعاً مشتريا بضبط الكيل والوزن، إذا بين له الأخر بكم يبيع أو يشتري، أو بضبط السوق، وأما النكاح فلم أعثر على قول لهم(١).

وبعد بيان أقوال الفقهاء أرى رأي المالكية هو الراجح، لأن التهمة منتفية عن الشخص المتولي طرفي العقد إذا كانت له ولاية أو وصاية أو وكالة شرعية، لأنه ما تمتع بهذه الصفات إلا لوجود صفة الأمانة والحرص على مصلحة المناب عنه.

ثم إن عبارة الشخص متولي طرفي العقد تقوم مقام إرادتين – عبارتين –، الأولى بوصفه أصيلاً عن نفسه وتقوم مقام الإيجاب، والثانية بوصفه ولياً أو وكيلاً عن غيره وتقوم مقام القبول . هذا إذا كان طرفا أصيلاً في العقد، وأما إذا لم يكن أصيلاً وكان ولياً أو وصياً أو وكيلاً عن الأصلاء فإن عبارته تقوم مقام إرادتي وعبارتي الأصلاء في طرفي العقد، كخاطب ومخطوبة، وبائع ومشتر، ومؤجر – مالك العين المؤجرة – ومستأجر. هذا في العقود التي يتوقف انعقادها علي إرادة إيجاب وإرادة قبول، كما في عقد النكاح والبيوع والإجارة ونحو ذلك. وهذا ما دل عليه قوله ﷺ للرجل:" أترضى أن أزوجك فلانة ؟ فقال: نعم، وقوله للمرأة: أترضين أن أزوجك فلاناً؟ فقالت: نعم، فزوج أحدهما بالآخر". فالرسول ﷺ لم يزوجهما إلا بعد حصول رضاهما وإرادتهما، وهما إرادتان لا إرادة واحدة(٢).

وكذلك فعل عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه مع أم حكيم بنت قارظ حيث بينت وأفصحت له عن إرادتها ورضاها فيما وكلته في أمرها بقولها: نعم(٣) وبهذا يكون العقد قد تم بإرادتين قام بهما شخص واحد بعبارة واحدة.

وأما العقود التي تنعقد بالإيجاب فقط – دون قبول – فإن عبارة العاقد

---

(١) أطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل، مكتبة الإرشاد، جدة، ط٣، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥، ٨/٢٢٦.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

تقوم مقام إرادة واحدة لا إرادتين، ألا وهي إرادة الإيجاب، كما في الوقف والوصية وغير ذلك.

أنواع الإرادة :

والإرادة العقدية نوعان؛ إرادة باطنة وإرادة ظاهرة .

فالإرادة الباطنة: هي قصد العقد، والرغبة في إنشائه وإبرامه مع الرضاء بالآثار المترتبة عليه، ومحلها القلب. والإرادة الباطنة تعتبر الإرادة الحقيقية، فلا يطلع عليها ولا يعلم بها إلا الله تعالى ثم صاحبها، لأن محلها القلب، وبما أن الأمر كذلك فإن الأفعال والتصرفات والعقود لا تقوم بهذه الإرادة، لأنه لا ينسب إلى ساكت قول(١).

ويستثنى من ذلك سكوت البكر في عقد الزواج فإنه يدل على رضاها وإذنها، لقوله ﷺ الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها(٢)، ثم لدلالة العرف والعادة، لأن البكر – عادة – تستحي في إظهار رضاها بالنطق، فكان سكوتها دليلا.

كما يستثنى من ذلك بعض الإسقاطات، كسقوط حق الشفعة بالسكوت عن الطلب، وسقوط خيار البلوغ بسكوت البنت عن فسخ الزواج، وسقوط الدين بعد مرور خمسة عشر عاماً إذا سكت صاحبه عن المطالبة كما هو معروف في القانون المدني.

وأما الإرادة الظاهرة فهي ما صدر عن الشخص من تعبير يظهر به قصده في إنشاء العقد ودليل على رغبته ورضاه بما يترتب عليه من آثار(٣). وبعبارة

---

(١) حيدر، درر الحكام، ١/٦٦، مادة ٦٧.

(٢) متفق عليه، البخاري، صحيح البخاري، ٧/٢٣، دار إحياء التراث العربي . مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم بشرح النووي، دار الريان للتراث، القاهرة، ط١، ١٤٠٧هـ ١٩٨٧، /٢٠٢، ٢٠٥ . أبو داوود، سنن أبي داود، ٢/٢٣٩.

(٣) أحمد، أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، ١٩٩٠، ص١٥٨.

أخرى فإن الإرادة الظاهرة هي المعبرة عن الإرادة الباطنة الحقيقية والدليل الكافي على وجودها في التعامل مع العقود، دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقية، مادامت هذه الإرادة مستورة ولا يوجد دليل على نفيها.

كيفية التعبير عن الإرادة:

والتعبير عن الإرادة الحقيقية يكون بالنطق وبالفعل وبالإشارة وبالكتابة، وهي مبينة على النحو التالي:

أولاً: النطق أو القول:

والنطق أو القول هو الأكثر استعمالاً في التعبير عن الإرادة الحقيقية، وذلك لسهولة هذه الأداة وقوة وضوحها ودلالتها، ولا يشترط لها عبارة خاصة فالعقود المالية تصح بكل تعبير يدل على الرضا بإنشاء هذه العقود وإبرامها حسب عادة الناس وعرفهم، سواء كان بصيغة الماضي أو المضارع أو الأمر أو بالجملة الاسمية(١).

الحيازة في الحال كالهبة والتمليك والبيع والشراء والعطية والتزويج والإنكاح ولا يصح بالألفاظ التي لا تدل على تمليك العين في الحال كالوصية والإجارة والعارية.

---

(١) اختلف الفقهاء في انعقاد العقود المالية ببعض الألفاظ كما في صيغة الأمر؛ فالحنفية قالوا بعدم انعقادها بها، والجمهور قالوا بانعقادها. أقول: إن اعتبار اللفظ في العقود المالية يجب إرجاعه إلى عرف الناس وعادتهم، لا إلى قواعد النحو والصرف، لأن أغلب أطراف هذه العقود – خاصة في هذا الزمان – يجهلون هذه القواعد، وإذا أردنا أن نخضع هذه العقود إلى قواعد النحو والصرف فيعني ذلك أننا نوجب على من يريد بيعاً وشراء أو إجارة أو رهناً أو قرضاً الاختصاص باللغة العربية، وهذا محال، بل نجعل الناس في ضيق وحرج في معاملاتهم، والله تعالى ما أراد لهم ذلك، بل السهولة واليسر . لذلك نقول: إن القول واللفظ المعتبر في العقود المالية هو عرف البلدة وعادة أهلها وهذا ما نصت عليه المادة ١٦٨من المجلة؛ حيث جاء فيها: الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلد والقوم . حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، دار الجيل، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ ١٩٩١، ١/ ١٣٧.

حجتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةٗ لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۗ﴾[1]، والخصوصية للنبي ﷺ في قوله تعالى (خالصة لك) ليست في انعقاد زواجه بلفظ الهبة، بل في صحة زواجه بلا مهر، ثم قوله ﷺ لخاطب هذه المرأة بعد أن بدت عدم رغبته ﷺ بها: "ملكتكها بما معك من القرآن"[2].

وذهبت الزيدية إلى انعقاد الزواج بكل لفظ يدل على تمليك العين في الحال حسب ما يقتضيه العرف: كملكت، وبعت، ووهبت، وتصدقت، ونذرت، وزوجت. ولو تعارف الناس على استعمال أعرتك وأنكحتك في معنى التمليك صح النكاح به. ولكن إذا كان العرف يجري على أنه تمليك مخصوص بجنس مخصوص كصرفت فإنه يستعمل في بيع الدراهم فيما هو من جنس النقود، فإنه لا ينعقد إلا تمليك ذلك الجنس فقط [3].

وأما المالكية: فإنهم رأوا أن العقد يصح بلفظ التزويج أو الإنكاح ولو لم يسم صداقها، وإذا كان بلفظ الهبة أو الصدقة، فإن سمى صداقها صح العقد، وإن لم يسم لم يصح.

وإذا كان بغير لفظ الهبة والصدقة: كأعطيت، وأحللت، ومنحت، ففي ذلك قولان؛ فالأول: ينعقد إذا سمى صداقها، والثاني: لا ينعقد مطلقاً [4].

وذهبت الشافعية والجعفرية إلى أن عقد الزواج لا ينعقد إلا بلفظ الزواج أو النكاح، كما يجب أن يكون القبول من لفظ النكاح والزواج فلو قال: قبلت واقتصر عليه لم ينعقد هذا النكاح على المذهب، لأنه لم يصرح بواحد من لفظي النكاح والتزويج.

---

(١) الأحزاب: آية ٥٠.

(٢) متفق عليه، البخاري، صحيح البخاري، ٧/ص١٧، ١٩ . نووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ٩/ص٢١١، ٢١٤.

(٣) العنسي، التاج المذهب، ٢/٢٣.

(٤) دردير، أبوالبركات أحمد، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ٢/ ٢٢٠، ٢٢١.

هذا بالنسبة للعقود المالية وأما عقد الزواج فقد اختلف الفقهاء في اللفظ المعتبر فيه، فالحنفية والإباضية [(١)] قالوا: بصحة عقد الزواج بالألفاظ الدالة على تمليك العين مدة، وحجتهم قوله ﷺ: "اتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله" [(٢)]، قالوا: وكلمة الله هي التزويج أو النكاح، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [(٣)]. وقوله: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [(٤)]. وقوله: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَٰكَهَا﴾ [(٥)].

ثم إنه يجب الاقتصار على هذين اللفظين احتياطاً وتعبداً ؛ تعبداً لأن الزواج فيه معنى العبادة، حيث يندب إليه شرعاً، فكان كالأذكار، والأذكار في العبادات تتلقى من الشرع، والشرع ورد بلفظي التزويج والإنكاح. واحتياطاً، لأن فيه خطورة، لوروده على المرأة، ولأنه شرع لأغراض سامية، كتكثير النسل وبقاء النوع الإنساني.

وأما استعمال لفظ التمليك في قوله (:"ملكتكها بما معك من القرآن" فقيل: إنه وهم من الراوي، أو أن الراوي رواه بالمعنى، ظناً منه ترادفهما، وبتقدير صحته، فإنه معارض برواية الجمهور (زوجتكها) قال البيهقي: والجماعة أولى بالحفظ من الواحد، ويحتمل أنه جمع بين اللفظين.

وأما استعمال لفظ الهبة في قوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِىِّ﴾ فهذا من خصائصه ﷺ [(٦)].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢/ص٢٢٩. أطفيش، شرح كتاب النيل، ٦/٢٥٦-٢٥٨.
(٢) مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، ٨/٤١٢، ط دار المعرفة.
(٣) النور : آية ٣٢.
(٤) النساء : آية ٣.
(٥) الأحزاب : آية ٣٧.
(٦) شربيني، مغني المحتاج، ٣/١٤٠. النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، مؤسسة المرتضى العالمية ودار المؤرخ العربي، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ ١٩٩٢، ١٠ /٤١٩و ٤٢٥.

وذهبت الحنابلة إلى ما ذهبت إليه الشافعية من الاقتصار على لفظي التزويج والإنكاح في الإيجاب، وأما القبول فإنه يصح بقبلت أو رضيت ونحو ذلك؛ لأنه ينصرف إلى الإيجاب، فكان كالمعاد لفظا[1]. وهذا القول الثاني المرجوح عند الشافعية[2].

هذا إذا كان العقد باللغة العربية، وأما إذا كان بلغة غير العربية فإنه ينعقد بها شريطة تحري المعنى المناسب لكل لفظ معتبر لدى كل مذهب.

وقال الظاهرية: "لا يجوز النكاح إلا باسم الزواج أو الإنكاح أو التمليك أو الإمكان، ولا يجوز بلفظ الهبة أو بلفظ غيرها"[3].

وأما الرسالة القولية فإنه يصح الزواج بها عند الحنفية والزيدية، كأن يقول المرسل: قل لفلان: يزوجني ابنته، أو يتزوج ابنتي، فيحكي الرسول لفظ المرسل أو معناه – فكأن الناطق هو المرسل – ثم يقول المرسل إليه: زوجت ابنتي له، أو قبلت زواج ابنته لي، أو نحو ذلك، ولا يحتاج رسول المتزوج إلى قبول بل ينعقد النكاح بقبول الولي: زوجت أو تزوجت إن كان زوجا[4].

ثانياً: الكتابة:

والكتابة يصح إنشاء العقد وإبرامه بها، عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة: "الكتاب كالخطاب"،[5] سواء أكان الطرفان ناطقين أو عاجزين، حاضرين أو غائبين، كلاهما أو أحدهما، وبأي لغة كانت، شريطة أن تكون مبينة، أو تكتب على شئ تثبت وتظهرعليه، وأن تكون مرسومة؛ أي أن تكتب بالطريقة المتعارف

---

(١) بهوتي، منصور بن يونس إدريس، كشاف القناع، عالم الكتب، ١٤٠٣هـ ١٩٨٣، ٥/ ص٣٧، ٣٨.

(٢) شربيني، مغني المحتاج، ٣/١٤١.

(٣) ابن حزم، المحلى، ٩/ ٤٦٤، ط دار الآفاق الجديدة.

(٤) العنسي التاج المذهب، ٢/٢٦ .

(٥) حيدر، درر الحكام، ١/٦٩، المادة ٦٩.

عليها بين الناس، وذلك بذكر المرسل إليه وتوقيع المرسل، فإذا لم تكن كذلك لم ينعقد بها العقد.

هذا في الأمور المالية، وأما في عقد النكاح فعند الحنفية لا يصح التعبير بالكتابة عن إرادة الزواج إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس العقد ويستطيعان التعبير باللفظ، لأن الزواج يشترط لصحته حضور الشهود وسماعهم كلام المتعاقدين، وهذا لا يكون مع الكتابة.

لكن يصح التعبير بها حال العجز عن النطق، كمن به خرس[(١)].

وذهب الشافعية والحنابلة والجعفرية إلى عدم صحة العقد وإبرامه بها مطلقاً، سواء أكان العاقدان حاضرين أو غائبين وكانا قادرين على النطق، لعدم الحاجة إلى الكتابة[(٢)].

وأما الزيدية: فإنهم أجازوا انعقاد الزواج بالكتابة، سواء أكان العاقدان ناطقين أو عاجزين، حاضرين في مجلس العقد أو غائبين كلاهما أو أحدهما، لأن الكتابة صريحة في الزواج وليست كناية فيه[(٣)].

والذي أراه راجحاً أن عقد النكاح يصح بالكتابة، سواء أكان العاقدان ناطقين أو عاجزين، شريطة حضورهما أو حضور وكيليهما مجلس العقد، لأن الكتابة صريحة في العقد، وشهود العقد باستطاعتهم الاطلاع على إرادة المتعاقدين للنكاح بقراءة ما كتبوه.

ثم إذا كان عقد النكاح ينعقد بهزل القول مع عدم وجود الرضا فيه، احتراما لقدسية عقد النكاح، وصيانة الأعراض عن اللعب والهزل، لقوله ﷺ: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة."[(٤)]، فبالكتابة أولى.

---

(١) الكاساني بدائع الصنائع، ٢/ ٢٣١.
(٢) شربيني، مغني المحتاج، ٣/١٤١. بهوتي كشاف القناع، ٥/٣٩.
(٣) العنسي، التاج المذهب، ٢/٢٦.
(٤) سبق تخريجه.

ثالثاً: الإشارة:

وأما الإشارة المفهمة فإنه يصح التعبير بها عن إرادة العقد إذا كان العاقد عاجزاً عن النطق لمرض أو خرس، سواء أكان يعرف الكتابة أو لا، إلا أنها أولى من الإشارة، لأنها بمنزلة الصريح في الطلاق والإقرار[١].

وأما القادر على النطق: فالمالكية أجازوا العقد بإشارته المفهمة، لأنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينعقد به العقد[٢]. وذهب الجمهور إلى عدم صحة العقد بإشارة الصحيح[٣].

هذا في الأمور المالية، أما في عقد الزواج فإنها لا تصح من القادر على النطق، وتصح من العاجز عن النطق لمرض أو خرس، شريطة أن تكون مفهمة[٤].

رابعاً: التعاطي:

والعقد بالتعاطي: هو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول، كأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع للمشتري فيدفع الآخر ثمنه دون تكلم أو إشارة أو كتابة.اختلف الفقهاء في صحة هذا العقد؛فالجمهور قالوا بصحة هذا العقد، سواء أكان المبيع حقيراً

---

(١) سليمان الجمل، حاشية الجمل، ٣/١١العنسي، التاج المذهب، ٢/٣١٦. بهوتي كشاف القناع، ٥/٣٩. أطفيش، شرح النيل، ٨/٢٠٥. النجفي، جواهر الكلام، ٨/١٢٩.

(٢) دردير، الشرح الكبير، ٣/٣. دسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٣.

(٣) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، ط الأخيرة، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤، ٣/٣٨٥. حيدر، درر الحكام، ١/١٤٣. العنسي، التاج المذهب، ٢/٣١٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/ ١٣٥. أطفيش، شرح النيل، ٨/٢٠٥. القليصي، فقه المعاملات المالية، ١/٣٠.

(٤) سليمان الجمل، حاشية الجمل، ٣/١١. العنسي، التاج المذهب، ٢/٢٧. بهوتي، كشاف القناع، ٥/٣٩.الكاساني، بدائع الصنائع، ٢/٢٣١. الحطاب، أبو عبد الله محمد ابن عبد الرحمن، مواهب الجليل، مكتبة النجاح، ليبيا، ٣/٤١٩.

أو نفيساً، قليلاً أو كثيراً، لأنه لم يثبت في الشرع صيغة معينة للبيع، ولا معنى للتفصيل بين البيع بالقول والبيع بالتعاطي مادام التراضي موجوداً[١].

وذهبت الشافعية والجعفرية – في المعتمد عندهم – والظاهرية إلى عدم انعقاد العقد بالمعاطاة[٢].

وذهب الكرخي من الحنفية وابن سريج من الشافعية والقاضي وابن الجوزي من الحنابلة ورواية عن أحمد والزيدية الى صحة البيع بها في الرخيصة والبسيطة من المبيعات، كالخبز واللحم والفواكه ونحو ذلك، أما النفيسة فلا يصح بيعها بالمعاطاة، لأن عادة الناس يكتفون عن الإيجاب والقبول في الأشياء البسيطة والرخيصة بالمعاطاة[٣]. وهذا الذي أراه راجحاً.

هذا في الأمور المالية، وأما عقد الزواج فإنه لا يصح إنعقاده بالمعاطاه، وذلك لخطورة هذا العقد، وحفاظاً على كرامة المرأة وصونها عن الابتذال، ولأن عقد الزواج يشترط فيه حضور الشهود وسماعهم كلام العاقدين حتى يتميز عن الزنا، ولا يستطيع الشهود معرفة رضاء العاقدين بالمعاطاة. وهذا باتفاق الفقهاء[٤].

---

(١) مودود، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار، دار المعرفة، بيروت، ط٣، ١٣٩٥هـ ١٩٧٥، ٢/٤.شربيني، مغني المحتاج، ٢/٣. ابن قدامة، أبومحمد موفق الدين عبد الله بن قدامة، الكافي، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط، ١٤٠٨هـ، ٢/٣ .الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/١٣٤. أطفيش، شرح النيل، ٨/٢٠٥.

(٢) شربيني، مغني المحتاج، ٢/٣. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٧/٢٣٢. النجفي، جواهر الكلام، ٨/١٠٩.

(٣) شربيني، مغني المحتاج، ٢/٤. ابن قدامة، الكافي، ٢/٤. ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح، الفروع، عالم الكتب، بيروت، ط ٤، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥، ٤/٤. بهوتي، كشاف القناع، ٣/١٤٨. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٥/٤٥٩.

(٤) الحصكفي، الدر المختار، ٣/١٢ . شربيني، مغني المحتاج، ٣/١٤٠ . ابن قدامة، المغني، ٧/٤٣١ مطبوع مع الشرح الكبير، ط دار الكتاب العربي .

والذي أراه راجحاً أن عقد النكاح يجب أن يحتاط له قدر الإمكان، فإن كان اللفظ يستعمل في عرف الناس في التعبير عن إرادة الزواج صح عقد الزواج به، وإلا فيقتصر على ما ورد به الشرع من اللفظ وهو الإنكاح والتزويج.

انعدام الإرادة الحقيقية:

هذه هي الطرق المعبرة عن الإرادة الحقيقية والتى تسمى جميعها بالإرادة الظاهرة، وهذه الإرادة في الواقع العملي قد توجد وحدها دون الإرادة الحقيقية، وذلك لوجود دليل على انعدامها أو انتفائها، أو على الاشتباه والارتياب بها. فانعدامها وانتفاؤها جعل العقد صوريا، والاشتباه والشك بها جعل الإرادة معيبة. وتبيين هاتين الصفتين يكون على النحو التالي:

أولا: صورية العقود:

وصورية العقود مبنية على انعدام الإرادة الحقيقية وانتفائها. فالإرادة تنعدم لما يكون الشخص عديم الأهلية، كالنائم والمجنون وغير المميز ونحوهم، لقوله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"[(١)]. لذلك فإن جميع تصرفات هؤلاء لا أثر لها، لأنها صادرة ممن لا إرادة له.

أما السكران: فإن كان سكره لسبب مباح أو كان مكرهاً عليه فحكمه حكم من سبق ذكره، وإن كان سكره محظوراً فالظاهرية والجعفرية والليث وعثمان البتي وأبو ثور والحنابلة – في رواية – والشافعية – في قول مرجوح –

---

(١) أبو داود، سنن أبي داود، ٤/٥٥٨- ٥٦٠، ط دار الحديث . أحمد، أحمد بن حنبل، المسند، المكتب الإسلامي، بيروت، ١/ ١٤٠، ١٥٥، ١٥٨. الدارمي، أبو محمد عبد الله ابن عبد الرحمن، سنن الدارمي، دارالمحاسن للطباعة، ١٣٨٦هـ ١٩٦٦، ٢/٩٣. سعيد، سعيد بن منصور بن شعبة، سنن سعيد بن منصور، دار اكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥، ٢/٦٨. قال عنه الألباني: صحيح، الألباني، صحيح سنن ابي داود، كتاب الحدود، ٣/٥٥- ٥٦.

والأباضية قالوا: إن عبارته ساقطة في العقود، لأن العقود يعتبر فيها الرضا، والرضا غير معروف من السكران، فهو كالمجنون[١].

وذهب الشافعية في المعتمد عندهم والحنفية والحنابلة في رواية إلى صحة عبارته في العقود، زجراً له، إلا أن الحنفية أوقفوا نفاذ عبارته حتى يجيزها حال صحوه[٢].

وذهبت المالكية في المشهور عندهم إلى عدم صحة عبارته إذا فقد تمييزه تماماً، حتى صار كالمجنون، وأما إذا بقي شيء من عقله يميز به عبارته تصح، لكنها تبقى موقوفة النفاذ حتى يجيزها حال صحوه[٣].

انتفاء الإرادة:

هذا بالنسبة لانعدام الإرادة، وأما انتفاء الإرادة فتعني أن الإيجاب والقبول لم يعبرا تعبيراً صادقاً عن إرادة العقد والرضى به كما في المواضعة أو التلجئة، وحالة الهزل والتعليم والتمثيل.

أ – المواضعة أو التلجئة:

والمقصود من المواضعة أن يتواطأ العاقدان ويتفقا سراً على خلاف ماسيعلنانه. والمواضعة تكون في أصل العقد، وفي البدل، وفي الشخص.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣/٩٩، ط دار الكتب العلمية .ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ٨/٢٥٦، ط دارالكتاب العربي .ابن حزم، المحلى، ٩/٤٧١-٤٧٤. علاء الدين البخاري، علاء الدين بن عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، دار الكتاب العربي، بيروت، ٤/٣٥٤. أطفيش، شرح النيل، ٨/٢٢٦. النجفي، جواهر الكلام، ٨/١٣٦. عقلة، محمد، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ط١، ١٩٨٣، ٣/١٦١-١٦٣.

(٢) شربيني، مغني المحتاج، ٣/٢٧٩. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٣/٢٣٥. الكاساني، بدائع الصنائع، ٣/٩٩، ط دار الكتب العلمية. ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ط دارالكتاب العربي، ٨/٢٥٥. علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، ٤/٣٥٤. قليصي، فقه المعاملات المالية، ١/٣٣.

(٣) دسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٦.

المواضعة في أصل العقد:

والمواضعة في أصل العقد هي أن يتفق اثنان على إجراء عقد في الظاهر بينهما، دون أن تكون له حقيقة في الواقع لمأرب لهما أو لأحدهما، كمن يجري عقد قرض صوري ليزاحم الدائنين الحقيقيين، أو إجراء عقد قرض صوري بينه وبين أحد الورثة لتفضيله في نصيب الإرث، أو يجري عقد بيع صوري ليهرب أمواله من وجه سلطان جائر أو من وجه الدائنين.

وإذا جرى العقد بالمواضعة فإنه يعتبر باطلاً، لانتفاء الإرادة الحقيقية من أصل العقد. وإذا وقع الاختلاف في وقوع العقد حقيقة أو صورياً فالحكم على أنه حقيقة حتى يثبت الآخر أنه وقع صورياً.

المواضعة في البدل:

وصورة المواضعة في البدل أن يتفق الطرفان سراً على بدل أقل مما يعلنانه، كما في عقد بيع العقار لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة، وكما في عقد النكاح – وهذا أكثر وقوعاً. حيث يتفق الطرفان على المهر الحقيقي سراً، وعند إجراء العقد يدونان مهراً أكثر من المهر الحقيقي ابتغاء السمعة والشهرة.

وقد يتفق الطرفان سراً على بدل أكثر مما يعلنانه، وهذا يحصل في البيوع ابتغاء تخفيف الرسوم والضرائب.

والمواضعة في البدل في جميع صورها لا تبطل العقد، بل تأثيرها ينحصر في تعديل البدل الظاهر، وأن البدل المتواضع عليه سراً هو المعتبر إذا صرح الطرفان أن البدل المذكور في العقد صوري لا يلتفت إليه. وأما إذا لم يصرحا بذلك عند المواضعة فالعبرة للبدل المتعاقد عليه علناً[١].

المواضعة في الشخص:

وصورة المواضعة في الشخص هي أن يتفق طرفان على إخفاء وكالة سرية بينهما، ثم يظهر الوكيل بمظهر الأصيل، فيبيع ويشتري باسمه لمصلحته

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/١٧٧، ط دار الكتب العلمية.

في الظاهر ولمصلحة الموكل في الباطن، ثم يعلن بعد ذلك أن عقوده التي أجراها وأملاكه كلها أو بعضها في الحقيقة ليست له، وإنما لفلان الذي وكله سراً، وأن اسمه كان مستعاراً عن اسمه[١].

والعقود التي تتم بهذه الصورة تكون ثمارها لصاحبها الحقيقي وهو الموكل. لكن يجب التثبت من أنه وكيل حقيقة عن الموكل، كما يجب أن لا يتوسع بهذه الصورة، حتى لا تكون وسيلة لتهريب الأموال، فتضيع بذلك حقوق الآخرين، كما يحدث بإقرار المريض في مرض الموت، وإقرار المفلس.

ب- الهزل:

والهزل ضد الجد، وهو اللعب بالكلام دون قصد معانيه حقيقة أو مجازاً. ومحله التصرفات القولية؛ فالهازل - عند كلامه - يتكلم باختيار منه، عالم بالمعنى الحقيقي أو المجازي لكلامه، كما يعلم بالآثار والأحكام التي ستترتب على كلامه، إلا أنه لا يريدها، ولا يرضى بها، ولا يختارها.

والهزل في التصرفات القولية يتحقق بواحد من ثلاث: التصريح المقترن بالعقد من أحد الطرفين أو منهما، كأن يقول: أنا أبيع أو أشتري أو أستأجر هازلاً. أو باتفاق سابق، كأن يتفق الطرفان على أن العقد الذي سيجري بينهما هزل ولعب لا يريدان حكمه. أو بقرينة الحال الدالة على أن العاقد هازل غير جاد في العقد.

وقد اختلف الفقهاء في عبارة الهازل: فالشافعية، والزيدية، وأبو الخطاب من الحنابلة، قالوا: إن عبارة الهازل صالحة لإنشاء العقد وإبرامه وتترتب عليها آثارها، وهذا في جميع العقود المالية والأحوال الشخصية، عملاً بإرادته الظاهرة دون مراعاة قصده، حفاظاً على استقرار المعاملات والعقود بين الناس[٢].

---

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ١/٣٦١.

(٢) الرملي، نهاية المحتاج، ٦/٤٤٣، مطبعة مصطفى الحلبي . المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٢، ١٣٩٤هـ ١٩٧٥، ٤/١٦٧. ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤١٤هـ ١٩٩٣، ٣/١٠٣ . العنسي، التاج المذهب، ٢/٣٠٨.

أما الحنفية والمالكية – في المشهور عندهم – والحنابلة – في المعتمد عندهم – فقالوا: بعدم صحة عبارة الهازل في العقود المالية، لعدم تحقق الرضا والقصد. وأما الزواج والطلاق والرجعة والإعتاق واليمين فقالوا هم (أي الحنفية ومن معهم) والإباضية: بصحة عبارته فيها،[(١)] عملاً بقوله ﷺ: "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد؛ النكاح والطلاق والرجعة. وفي رواية (العتاق) وفي رواية (اليمين)"[(٢)].

والذي أميل إليه هو ماذهب إليه الحنفية ومن معهم، إلا أنه يضاف إلى التصرفات الخمس الأقوال الدالة على عقيدة الإنسان، كمن نطق بكلمة الكفر فإنه يرتد بنطقه بها ولو لم يعتقد الكفر، لأنه رضي بإجراء كلمة الكفر على لسانه، وهذا استخفاف بالدين وهو كفر عملاً بقوله تعالى ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ ۚ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ ۝٦٥ لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُم بَعْدَ إِيمَانِكُمْ﴾[(٣)] فالشارع الحكيم جعل الهزل كالجد فيما سبق من التصرفات، لخطورتها، ولأنها مشتملة على حق الله تعالى، وحقوق الله تعالى ليست موضوعة للهزل والاستهزاء.

وعند الاختلاف بين العاقدين في وقوع العقد هزلاً أو جداً فالمعتبر قول من تمسك بالجد؛ لأنه هو الأصل، وكما تقول القاعدة الفقهية: إعمال الكلام أولى من إهماله. وعلى الطرف الآخر إثبات الهزل.

---

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٣/١٥، ١٦، ٢٣٨. بهوتي، كشاف القناع، ٥/٤٠. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ٣/١٠٣. أطفيش، شرح النيل، ٦/٢٥٦، ٢٥٧. زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/١٩١، ١٩٢.

(٢) أبو داود، سنن أبي داود، ١/٥٠٧مالك، مالك بن أنس، الموطأ، دار النفائس، بيروت، ١٤٠٢هـ ١٩٨٢، ص٣٧٣. البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، دار صادر، بيروت، ط١، ١٣٥٣هـ، ٧/٣٤١. قال عنه الألباني: حسن، الألباني، صحيح سنن أبي داود، كتاب الطلاق، ٢/٩. الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف، الرياض، ط١، ١٤١٧هـ ١٩٩٧، كتاب الطلاق، ٢/١٧٧، وقال عنه: صحيح.

(٣) التوبة: آية ٦٥.

جـ - التعليم والتمثيل:

وفي حالة التعليم إذا ردد المعلم أو المتعلم عبارة العقد - الإيجاب والقبول - في الأمور المالية أو الزواج لا يترتب على كلامه أثر، لأنه يريد بعبارته حفظها أو تعليمها لغيره.

ويسري هذا الحكم على الممثلين، لأن الممثل يريد بترديد عبارته الحفظ أو التمثيل[١].

ثانياً: شوائب الإرادة:

وشوائب الإرادة: هي الآفات التي تصيب إرادة العاقد، مما لا يمكن اعتبار رضاه صحيحاً ملزماً، وهذه الشوائب ترافق الإرادة منذ نشوئها في بداية العقد، كالإكراه والغلط والخلابة. وهي تسمى في الاصطلاح القانوني بعيوب الرضا.

أ - الإكراه:

والإكراه: هو حمل الغير على فعل أو ترك ما لايرضاه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه.

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن الإكراه: له صورتان ؛ إما أن يكره شخص على فعل لا يرضاه المكره، كالإكراه على إجراء عقدوإما أن يكرهه على ترك شيء يحبه المكره، كالإكراه على عدم فسخ عقد.

ولتحقق الإكراه يشترط له ما يلي:

١ - أن يكون المكره قادراً على إيقاع وتنفيذ ما هدد به، فلو علم المكره أو غلب على ظنه أن المكره لا يقدر على تنفيذ ما هدد به فالتهديد - هنا - لغو لا يلتفت إليه.

٢ - أن يعلم المكره أو يغلب على ظنه أن المكره سينفذ ما هدد به.

---

(١) زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/ ١٩١.

٣ – أن يتم تنفيذ التصرف المراد تنفيذه تحت تأثير الخوف من المكره، وإلا فلا، لأنه يكون رضا واختياراً.

٤ – أن تكون أداة التهديد مؤذية بالنسبة للمكره في نفسه أو ماله أو في إنسان يهمه.

٥ – أن يكون الفعل الذي أكره عليه محرماً، أو تصرفاً يترتب عليه التزام بالنسبة للمكره. لكن إذا كان الإكراه مشروعاً – أي بحق – فلا تأثير لهذا الإكراه على العقد، كإكراه القاضي الرجل على بيع ماله لسداد دينه، أو الإنفاق على أسرته.

٦ – أن يكون المهدد به عاجلاً، فلو كان آجلاً في المستقبل لم يتحقق الإكراه، لأن المكره يتمكن بالتأجيل من اللجوء إلى القضاء لحمايته، وهذا عند الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة. وذهبت المالكية إلى عدم اشتراط التعجيل بالمهدد به، وإنما اشترطوا أن يكون حالاً[(١)].

والإكراه نوعان: ملجيء وغير ملجيء.

فالملجيء: هو الذي يكون بإتلاف نفس أو عضو منها، أو إتلاف جميع المال، أو ضرب شديد مبرح، أو حبس مديد، وهو ما تجاوزت مدته يوماً واحدا،[(٢)] أو عمل مهين لذي جاه، سواء أكان هذا الإكراه واقعاً على نفس المكره أو على إنسان يهمه، كأبيه أو أمه أو ابنه أو زوجته أو نحو ذلك. وسمي ملجئاً لأنه يلجيء الفاعل ويضطره إلى مباشرة الفعل المكره عليه، خشية هلاكه، أو إتلاف عضو من أعضائه، وهو يفسد الاختيار وعدم الرضا.

وقولنا: يفسد الاختيار ولا يعدمه، لأن الاختيار ترجيح الفعل على الترك أو العكس من الفاعل. وهذا لا يعدم بالإكراه، لأن المكره يختار أهون الشرين

---

(١) حيدر، درر الحكام، ٢/٧٢٨-٧٣٢. علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، ٤/ ٣٨٢.زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/٢١٤، ٢١٥.

(٢) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٦/١٣٠.

وأيسرهما عليه. ولكن لما كان الفاعل غير مستقل بالاختيار. لأن اختياره كان بالإكراه – كان اختياره فاسداً.

وأما انعدام الرضا: فلأن الرضا يعني الارتياح لفعل شيء والرغبة فيه، وهذا لا يوجد بالإكراه.

هذا بالنسبة للملجيء، أما غير الملجيء: فهو الذي لا يؤدي إلى تفويت النفس أو العضو، ويكون بالضرب الخفيف، أو بحبس غير مديد، أو منع ترقية، أو تنزيل درجة. وهذا النوع لا يفسد الإختيار، لكونه غير مضطر إلى مباشرة ما أكره عليه، لتمكينه من عدم الامتثال والصبر على ما هدد به، إلا أنه يعدم الرضا(١).

وتقسيم الإكراه إلى ملجيء وغير ملجيء إنما هو عند الحنفية(٢)، وأما المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية فإنهم يرون أن الإكراه نوع واحد، وهو: الإكراه الملجيء، وأما غير الملجيء فلا يسمى إكراهاً(٣).

وعند الظاهرية أن الإكراه واحد، وهو كل ما سمي في اللغة إكراهاً، وعرف بالحس أنه إكراه(٤).

أثر الإكراه على التصرفات:

وإذا أنشيء عقد تحت تأثير الإكراه فما حكم هذا العقد؟ اختلف الفقهاء في ذلك، فالحنفية – عدا زفر – قالوا: إن كانت العقود لا تقبل الفسخ كالزواج فإن العقد يعتبر صحيحاً مع الإكراه ويلزم، لأنه عقد يستوي فيه الجد والهزل. والإكراه في معنى الهزل، لعدم القصد الصحيح فيه.

---

(١) المرجع السابق، ٦/١٢٨- ١٣٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الخرشي، شرح الخرشي، ٥/٩، .١٠. الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٧. بهوتي، كشاف القناع، ٣/ ١٥٠. العنسي، التاج المذهب، ٢/٣٠٨. النجفي، جواهر الكلام، ٨/ ١٣٦. زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/ ٢١٤.

(٤) ابن حزم، المحلى، ٨/ ٣٣٠و ٣٣٦، دار الآفاق الجديدة.

وإن كان العقد يقبل الفسخ، كالبيع والإجارة فإنه يعتبر فاسداً مع الإكراه، لكن إذا زال الإكراه وأجاز المستكره العقد صح العقد ولزم.

وذهب زفر – من الحنفية – إلى أن العقد يبقى موقوفاً على إجازة المستكره بعد زوال الإكراه، كتصرف الفضولي. وبما أن العقد يصح بالإجارة فإن هذا يدل على أن العقد يعتبر موقوفاً لا فاسداً، لأن العقد الفاسد يفسخ فسخاً ولا يجاز إجازة[(١)].

وذهبت الشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية إلى بطلان العقود التي تعقد تحت تأثير الإكراه، ولو أجازها المستكره بعد زوال الإكراه، لأن عقد المكره لا يعد عقداً، عملا بقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾[(٢)]وقوله ﷺ: "إنما البيع عن تراض"،[(٣)] وهذا الحكم سار على جميع العقود مالية كانت أو أحوال شخصية[(٤)].

وذهبت المالكية إلى اعتبار عقد المكره صحيحاً غير ملزم، والمستكره له الخيار بعد زوال الإكراه، إما يبطله، وإما يجيزه[(٥)].

والذي أراه أن ما ذهب إليه الإمام زفر هو الأنسب في الأمور المالية، وذلك بجعل العقد موقوف النفاذ حتى يجيزه المستكره بعد زوال الإكراه أو يبطله.

وأما الزواج فأرى أن مذهب الجمهور في عدم صحة نكاح المكره هو

---

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٦/ ١٣٠، ١٣١.
(٢) النساء: آية ٢٩ .
(٣) ابن ماجه، أبوعبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، دار الريان للتراث، ٢/٧٣٧في الزوائد: إسناده صحيح، ورجاله موثوقون، رواه ابن حبان في صحيحه، قال عنه الألباني: صحيح، الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، ٢/ ٢١٩.
(٤) شربيني، مغني المحتاج، ٢/٧. ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمدبن أحمد، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٣هـ ١٩٨٣، ٤/ ٥. المرتضى، البحر الزخار ٤/٢٩٢، ٢٨. ابن حزم، المحلى، ٨/ ٣٢٩، ط دار الآفاق الجديدة.
(٥) دسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٦.

الأرجح، لأن الشريعة جاءت صريحة في عدم مؤاخذة الإنسان بما استكره عليه، كما في قوله ﷺ:"إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه"[١]. وجعل نكاح المكره صحيحاً يعني أن الإنسان يؤاخذ ويلزم بما استكره عليه، وهذا مخالف لما جاءت به الشريعة.

ثم إن الإكراه غير الهزل؛ فالهازل مختار في كلامه، إلا أنه لا يريد حكمه. وبما أن المصلحة التشريعية تقتضي إثبات أحكام بعض التصرفات عملاً بإرادته الظاهرة دون النظر إلى القصد الداخلي، كما في الزواج، أثبت الشارع أحكام الزواج على الهازل رغماً عنه. وهذا بخلاف المكره، لأنه غير مختار، فكان من المناسب عدم إلزامه في تصرفاته التي أكره عليها.

ب - الخلابة:

والخلابة: بكسر الخاء تعني الخديعة، وفعلها خَلَبَ، وهو من باب قتل وضرب، وخلوب مثل رسول أي كثير الخداع[٢].

وصورة الخلابة في العقد: أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة قولية أو فعلية تحمله على الرضا في العقد بما لم يكن ليرضى به لولاها[٣].

والأصل في النهي عن الخلابة قوله (للرجل الذي يخدع في البيوع:" إذا بايعت فقل لا خلابة، فكان إذا بايع يقول لا خلابة"[٤]. والخلابة ليست لها صورة محددة ومعينة، بل يدخل فيها كل وسيلة توهم العاقد وتحمله على التعاقد، ومع هذا فقد اشتهر أربع صور منها، وهي: الخيانة، والتناجش، وتدليس العيب، والتغرير.

---

(١) البيهقي، السنن الكبرى، ٧/ ٣٥٧. قال عنه: الألباني، صحيح، الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، ٢/ ١٧٨، ١٧٩.

(٢) فيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، دار الفكر، مادة خلب، ص١٧٦، ١٧٧.

(٣) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ١/ ٣٧٤.

(٤) متفق عليه ؛ البخاري، صحيح البخاري ؛ ٣/ ٨٥، ٨٦. نووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ١٠/ ١٧٦. أبوداود، سنن أبي داود، ٣/ ٢٨٠.

صور الخلابة:

١-الخيانة:

والخيانة تحدث في بيوع الأمانة؛ وهي بيع المرابحة، والمواضعة، والتولية. فبيع المرابحة: هو البيع برأس المال مع ربح معلوم، كأن يقول: هو علي بعشرين ديناراً، وربحي فيه أربعة دنانير. وبيع المواضعة هو البيع برأس المال مع نقصان شيء معلوم منه، أي بخسارة معلومة. كأن يقول: هو علي بعشرين ديناراً وخسارتي فيه خمسة دنانير. وبيع التولية هو البيع برأس المال من غير زيادة ولا نقصان.

وسميت هذه البيوع ببيوع الأمانة لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن رأس المال – الثمن الأول – دون بينة ولا يمين، فكان الواجب صيانتها عن الخيانة والتهمة، لقوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمْ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٧﴾﴾[١].

وإذا ظهرت الخيانة في هذه البيوع فما الحكم فيها؟

أقول – قبل الجواب على هذا لسؤال: إن الخيانة تكون في الثمن، كما لو قال: هو علي بتسعين وربحي عليه عشرة، وهو – في الحقيقة – عليه بسبعين أو نحو ذلك. وتكون في المبيع، كأن يشتري شيئاً ويستهلك بعضه، ويرابح في باقيه بثمن الجميع، موهماً المشتري الثاني أنه لم يذهب منه شيء، فهذا – سواء كان في الثمن أو في المبيع – كذب وخيانة من البائع، خلب بها المشتري، ليأخذ منه ربحاً أكثر مما اتفقا عليه.

فالمشتري إذا اطلع على خيانة البائع له في الثمن أو في المبيع فله الخيار في ذلك، إن شاء أخذ المبيع بجميع ثمنه، وإن شاء رده. لأن هذه العقود مبنية على الأمانة، فكانت مطلوبة فيها، وفواتها يوجب الخيار كفوات السلامة من العيب.وهذا عند محمد بن الحسن والحنابلة في قول والزيدية[٢].

---

(١) الأنفال : آية ٢٧.

(٢) مودود، الاختيار، ٢/٢٩. العنسي، التاج المذهب، ٢/٤٧٤. ابن قدامة، الكافي، ٢/٩٨.

وعند الشافعية والحنابلة – في قول – وأبي يوسف لا خيار للمشتري، وإنما يجب حط الزيادة وربحها[1]، وعند أبي حنيفة يحط الزيادة في التولية والوضيعة وأما المرابحة فله الخيار بأخذ جميع الثمن وإن شاء رده[2]. وعند المالكية المشتري بالخيار، إما أن يأخذ بالثمن الذي صح، أو يترك إذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وإن ألزمه لزمه[3].

والذي أراه أن المشتري له الخيار في رد المبيع إلى البائع، أو أخذه بثمنه الحقيقي لا المتفق عليه، لأن وجود الخيانة توجب عيباً في الرضا بالبيع، ووجود هذا العيب يعطي المشتري حق الخيار له في رد المبيع أو أخذه بثمنه الحقيقي لا المتفق عليه، وقولنا: يأخذه بثمنه الحقيقي، لأنه هو المعتبر في البيع، وأما الثمن الذي فيه الخيانة فلا يلتفت إليه. والله أعلم.

٢ – التناجش أو النجش:

والتناجش في اللغة من الاستتار، لأن الناجش يستر قصده، ومنه يقال للصائد ناجش، لاستتاره، كما يسمى من يثير الصيد على الصائد ناجشاً[4]. وفي الشرع: الزيادة في ثمن السلعة المعروضة للبيع، لا ليشتريها، بل ليغر بذلك غيره. وسمي الناجش في السلعة ناجشاً لأنه يثير الرغبة فيها، ويرفع ثمنها[5]. والأصل في تحريم النجش هو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه

---

(١) مودود، الاختيار، ٢/٢٩. ابن قدامة، الكافي، ٢/٩٨. شربيني، مغني المحتاج، ٢/٧٩.

(٢) مودود، الاختيار، ٢/٢٩.

(٣) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مؤسسة التاريخ العربي ودار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١، ١٤١٢هـ ١٩٩٢، ٢/٢٧٥.

(٤) الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، باب الشين فصل النون. فيومي، المصباح المنير، مادة نجش .

(٥) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٢١٢. نووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين، مطبوع مع مغني المحتاج، ٢/٣٧. الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٤، ١٣٧٩هـ ١٩٦٠، ٣/١٨.

أنه قال:" نهى رسول الله ﷺ عن النجش"،[1] وقوله ﷺ: "ولا تناجشوا"[2]. وقال ابن بطال: "أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله"[3].

واختلف الفقهاء في حكم هذا البيع، فالحنفية والشافعية – في أصح القولين – والأباضية – في المختار عندهم – قالوا بصحة البيع، ولا خيار للمشتري، لأن النهي ليس في معنى العقد وشرائطه، بل لمعنى خارجٍ مفارقٍ للبيع، وهو قصد الخداع، فلم يقتض الفساد.

وأما عدم الخيار فلتفريط المشتري؛ حيث لم يتأمل، ولم يراجع أهل الخبرةِ[4].

وذهبت المالكية – في المشهور عندهم – والظاهرية والشافعية – في القول الثاني إلى صحة البيع، ويثبت الخيار للمشتري، قياساً على المصراة[5]. وذهبت الحنابلة – في المعتمد عندهم – والجعفرية إلى صحة البيع، وللمشتري الخيار إن غبن غبناً يخرج عن العادة، سواء بمواطأة من البائع أو لم يكن، لأنه غبن للتغرير بالعاقد[6]. وذهبت الزيدية إلى ثبوت الخيار للمشتري إذا كان موطأة وعناية من البائع، وإذ لم يتواطأ البائع مع الناجش فلا خيار[7]. وذهبت الحنابلة – في رواية مرجوحة – وجماعة من أهل الحديث، ورواية عن مالك إلى فساد هذا المبيع، لأن النهي يقتضي الفساد[8].

---

(١) متفق عليه؛ البخاري، صحيح البخاري، ٣/٩١. نووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ١٠/١٦١.

(٢) متفق عليه؛ البخاري، صحيح البخاري، ٣/٩١. نووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ١٠/١٦٠.

(٣) الصنعاني، سبل السلام، ٣/١٨.

(٤) مودود، الاختيار، ٢/٢٧. شربيني، مغني المحتاج، ٢/٣٧. أطفيش، شرح النيل، ٨/ ١٨٥. الصنعاني، سبل السلام، ٣/١٨.

(٥) ابن رشد بداية المجتهد، ٢/٢١٢ . الشربيني، مغنى المحتاج، ٢/٣٧. الصنعاني، سبل السلام، ٣/١٨. ابن حزم، المحلى، ٨/٤٤٨.

(٦) ابن قدامة، الكافي، ٢/٢٢. النجفي، جواهر الكلام، ٨/ ٢٤٠.

(٧) العنسي، التاج المذهب، ٢/٣٨٧.

(٨) الصنعاني، سبل السلام، ٣/١٨.

والذي أراه راجحاً: ما ذهب إليه الحنفية ومن معهم بوقوع البيع لازماً، ولا خيار للمشتري، لأنه قبل البيع بكامل رغبته وإرادته، إلا أنه تسرع في الشراء دون التأمل وسؤال أهل الخبرة، وعليه مسؤولية ذلك.

الزيادة في ثمن السلعة بقصد توصيلها إلى ثمن المثل:

فيما سبق إذا كان بقصد الخداع، لكن إذا كان الناجش حسن القصد والنية؛ يريد بالزيادة الوصول بالسلعة إلى ثمن المثل، كما لو رأى صاحبها ينادي عليها بثمن بخس، والذين يزيدون قد توقفوا عن الزيادة، إما جهلاً بقيمة السلعة، وإما اتفاقا بينهم، فهل يجوز للناجش في هذه الحالة أن يزيد في الثمن ليعرفهم بقيمتها الحقيقية؟

فالحنفية ومالك – في أحد قوليه – وابن العربي وابن عبد البر وبعض متأخري الشافعية قالوا: بجواز ذلك، ويؤجر عليه[١]، لأن الناجش – هنا – لم يكن خادعاً، بل كان ناصحاً. والنبي ﷺ قال: "الدين النصيحة"[٢].

وذهب الشافعية – في المعتمد عندهم – والإباضية إلى عدم جواز النجش ولو كان القصد حسناً،[٣] لأنه ليس من النصيحة إيهام إرادة الشراء وإيقاع المشتري في ضر، بل يكفيه أن يقول للبائع: إن قيمة سلعتك أكثر مما أعطاك، بل الظاهر أن لا يقول له ذلك، لأن النبي ﷺ قال:" دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض"[٤]، وإذا أراد الثواب أن يزيد ليأخذها بثمنها أو أكثر أو أقل، إذا كان غيره لا يأخذها ولو بذلك الأقل.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/٢٣٣. الخرشي، شرح الخرشي، ٥/٨٢، ٨٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٣٧. الرملي، نهاية المحتاج، ٣/٤٧٠. أطفيش، شرح النيل، ٨/ ١٨٤. شبير، محمد عثمان، عقد المزايدة بين الشريعة والقانون، مجموعة بحوث فقهية مع غيره، دار النفائس، عمان، ط١، ١٤١٨هـ ١٩٩٨، ٢/٨٢٣، ٨٢٤.

(٢) مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الإيمان، باب الدين النصيحة، ٢/٢٢٥.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٣٧. الرملي، نهاية المحتاج، ٣/٤٧٠، أطفيش، شرح النيل، مغني المحتاج، ٢/٣٧. شبير، عقد المزايدة، ٢/٨٢٣، ٨٢٤.

(٤) مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادى، ١٠/٤٤.

والذي أراه راجحاً قول الشافعية والإباضية في عدم النجش مطلقاً، ولو كان القصد حسناً، لأنه لو أراد النصيحة لسلك طريقاً أخر ينصح بها البائع غير الزيادة دون شراء.

النجش العكسي:

وصورة النجش العكسي: أن يتفق أحد الراغبين في شراء السلعة المعروضة للبيع مع المنافسين له على أن يكفوا عن الزيادة، لترسو عليه بسعر قليل. وقد تناول المالكية هذه الصورة في معرض حديثهم عن النجش؛ جاء في شرح الخرشي:" وجاز لحاضر سوم سلعة يريد شراءها سؤال البعض من الحاضرين للسوم ليكف عن الزيادة فيها، ليشتريها السائل برخص، وليس الجميع، أو الأكثر، والواحد الذي كالجماعة من كونه مقتدى به كالجميع، فإن وقع سؤال الجميع ومن في حكمهم، وثبت ببينة أو إقرار خير البائع في حال قيام السلعة- في ردها وعدمه، وإن فاتت فله الأكثر من القيمة أو الثمن على حكم الغش والخديعة في البيع "[1].

فهنا لا يجوز أن يتفق مع جميع المتنافسين في الشراء، أو مع الأكثرية، أو مع شخص يقتدى به، كرئيس غرفة التجارة في عرف اليوم. ويجوز الاتفاق مع بعض المنافسين العاديين، لانتفاء الضرر عن البائع.

وإذا علم البائع بعد تمام عقد البيع بتواطؤ المشتري مع الجميع أو الأكثرية على الامتناع عن الزيادة فإن العقد يصح، ويثبت الخيار للبائع، إن شاء أمضى البيع، وإن شاء رده[2].

٣ – تدليس العيب:

وتدليس العيب أن يكتم أحد العاقدين عيباً خفياً في محل العقد عن الآخر،

---

(١) الخرشي، شرح الخرشي، ٥/٨٣.

(٢) الخرشي، شرح الخرشي، ٥/٨٣. الدردير، الشرح الكبير، ٣/٦٨، شبير، عقد المزايدة، ٢/٨٢٨، ٨٢٩.

كما لو اشترى بيضا فوجده فاسداً، وفي حالة المبيع معيباً، فإنه يثبت الخيار للمشتري في فسخ العقد بسبب العيب. وهذا عند عامة الفقهاء[1].

واستدل الفقهاء على ثبوت الخيار بالعيب بما يلي:

١ - روت عائشة رضي الله عنها قالت:" إن رجلاً ابتاع غلاماً من رجل، فأقام ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله، قد استغل غلامي. فقال رسول الله ﷺ: الخراج بالضمان "[2].

٢ - روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ؟ قال:" من ابتاع شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعاً من تمر "[3].

٣ - ثم إن البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب، لأن الأصل هو السلامة، وهو وصف مطلوب مرغوب فيه عادة، والمطلوب عرفاً كالمشروط نصاً. وعند ظهور العيب للمشتري ثبت الحق له في إبطال العقد، لإزالة مالحق به من ضرر بسبب هذا العيب.

والعيب الموجب للخيار: هو كل عيب ينقص قيمة المبيع في عرف التجار، هذا عند الجمهور[4]. وعند الزيدية أن العيب الذي يثبت به الخيار هو كل وصف مذموم تنقص به قيمة ما اتصف به عن قيمة جنسه السليم بالنظر إلى غرض المشتري السليم، سواء أكان لنقصان عين كالعور، أو لزيادة كالأصابع

---

(١) مودود، الاختيار، ٢/١٨ . النووي، منهاج الطالبين، ٢/٥٠ .ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٢٢. ابن مفلح، الفروع ٤/١٠٠ . العنسي، التاج المذهب، ٢/٤١٢ .

(٢) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ٢/٧٥٤. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي، سنن النسائي، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٣٤٨هـ ١٩٣٠، ٧/٢٥٥. قال عنه الألباني: حسن، الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، ٢/٢٣٣.

(٣) متفق عليه، البخاري، صحيح البخاري، ٣/٩٢، ٩٣. نووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ١٠/١٦٥.

(٤) مودود، الاختيار، ٢/١٨. ابن مفلح، الفروع، ٤/١٠٠.

الزائدة، فلابد أن يكون اعتبار نقصان القيمة بالنظر إلى غرض المشتري وإن لم ينقص بالنظر إلى قصد غيره، كالبقرة الحامل، حيث قصد اللحم، فهذا ينقص القيمة بالنظر إلى غرضه ويزيد بالنظر إلى غرض غيره(١).

وعند الشافعية: هو كل ما ينقص العيب أو القيمة نقصاً به غرض صحيح إذا غلب عدمه في جنس المبيع، وأما إذا لم يفوت غرضاً صحيحاً كقطع أصبع زائدة أو جزء يسير من الفخذ أو الساق فلا رد به(٢).

وعند الإباضية أن العيوب المؤثرة في العقد ما نقص عن الخلق الطبيعية والشرعية نقصاً مؤثراً في ثمن البيع، ويختلف بالعادات والأزمان(٣).

والذي أراه أن المشتري إذا لم يبين غرضه من الشراء ولم يعلم البائع مقصود المشتري منه كمن اشترى شاةً ولم يبين مراده منها هل هي لمطلق الأكل أو أنها أضحية فالعبرة بما ينقص قيمتها عند أهل الخبرة فقط. لكن إذا بين مراده وعلم بمقصوده ففي هذه الحال يراعى قصد المشتري، فإن لم تكن على الصفة التي قصدها ثبت له الخيار. والله أعلم.

والرد بالعيب يكون في عقود المعاوضة، كالبيع والإيجار، وأما عقد الزواج فقد اختلف الفقهاء فيه؛ فالظاهرية وعطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي والثوري وأبو زياد وابن عيينة وأبو قلابة وعلي وابن مسعود – رضي الله عنهم جميعاً – قالوا إن عقد الزواج لايدخله خيار العيب(٤). وأما المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية فإنهم قالوا بدخول خيار العيب في عقد الزواج كغيره من العقود المدنية الأخرى(٥). وأما الحنفية فقالوا: للمرأة الخيار إذا

---

(١) العنسي، التاج المذهب، ٢/٤١٣.

(٢) نووي، منهاج الطالبين، ٢/٥١. شربيني، مغني المحتاج، ٢/٥١.

(٣) أطفيش، شرح النيل، ٨/٣٩٨، ٣٩٩.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٦١.ابن حزم، المحلى، ٩/٢٧٩. الكردي، أحمد الحجي، فسخ الزواج، اليمامة للطباعة والنشر، بيروت ودمشق، ص٢٧٦.

(٥) نووي، منهاج الطالبين، ٣/٢٠٢. العنسي، التاج المذهب، ٢/٦٣. ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٦١بهوتي، كشاف القناع، ٥ /١٠٦. الكردي، فسخ الزواج، ص٢٨٠ .

كان الزوج مجبوباً أو عنينا أو مخصياً، وأما الجنون والجذام والبرص فلا خيار لها. وذهب محمد إلى ثبوت الخيار لها، لدفع الضرر عنها. وأما عيوب المرأة فلا خيار للزوج فيها، لأن المستحق هو التمكين، وهو موجود، والاستيفاء من الثمرات واختلاله بالعيوب لا يوجب الفسخ، لأن الفوات بالموت لا يوجب، فهذا أولى[(١)].

تنبيه:

ويجدر التنبيه عليه – هنا – أن الخيار يثبت لمن له حق الخيار من مشتر وغيره سواء أكان البائع – أو نحوه – عالماً بالعيب أو غير عالم، لأن المفروض في أي عقد أن رضى العاقد – المشتري ونحوه – مبني على أساس سلامة محل العقد من العيوب، وأن الطرف الآخر مسؤول عن كل عيب قديم يظهر في هذا المحل وضامن له. لكن إذا كان العاقد عالماً بالعيب وكتمه عن الآخر كان مدلساً للعيب، خائناً، وضامناً له، وأما إذا كان لا يعلم فإنه لا يعتبر مدلساً، لكنه يضمن – أيضاً – بمقتضى العقد.

لكن إذا اشترط الجاهل بالعيب البراءة احتياطاً لنفسه فهذا الشرط مسقط لضمان العيب عن عهدته، واعتبار المشتري مشترياً على مسؤولية نفسه عند جمهور الفقهاء[(٢)].

وعند الشافعية في أظهر الأقوال: أنه يبرأ عن كل عيب باطن بالحيوان لم يعلمه دون غيره. وأما القول الثاني: فإنه يبرأ عن كل عيب عملاً بالشرط كالجمهور. والثالث لا يبرأ عن عيب ما للجهل بالمبرأ منه[(٣)].

عملاً بقوله ﷺ: "المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له"[(٤)]. وبما روي "أن ابن عمر رضي الله عنهما باع غلاماً

---

(١) مودود، الاختيار، ٣/١١٥.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٢٣٤. مودود، الاختيار، ٢/٢١. ابن قدامة، الكافي، ٢/٩٣. شربيني، مغني المحتاج، ٢/٥٣.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٥٣.

(٤) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ٢/٧٥٥. قال عنه الالباني: صحيح، صحيح سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، ٢/٢٣٥.

بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه – وهو زيد بن ثابت رضي الله عنه – لعبدالله بن عمر: بالعبد داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان رضي الله عنه فقضى على ابن عمر أن يحلف لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد، فباعه بألف وخمسمائة"[١].

وذهب الحنابلة – في المعتمد عندهم – والإباضية إلى عدم براءة البائع من العيب وإن اشترط البراءة[٢].

إلا أن الإباضية أجازوا للحاكم أن يبيع بشرط البراءة من العيب إذا كان المال لغيره[٣].

وذهب الزيدية إلى عدم براءة البائع من كل عيب في المبيع، فإذا اشترط البراءة من كل عيب صح العقد ولغى الشرط، وثبت الخيار للمشتري. إلا أنهم أجازوا البراءة من جنس من العيوب بعينه، كقوله: "بعتك هذه الأرض وأنا بريء من الصخرات أو الأشجار أو الحفر التي فيها، أو تبرأ من قدر معلوم من العيوب، كقوله: بعتك هذه الأرض وأنا بريء من ثلاث صخرات فيها. ففي هذا ونحوه يبرأ البائع من العيب، ويبطل الخيار للمشتري[٤].

وأما إذا اشترط المدلس البراءة من ضمان العيب ليحمي نفسه وسوء نيته بهذا الشرط فأبو حنيفة وأبو ثور قالوا بصحة البيع وصحة الشرط. وذهب جمهور الفقهاء إلى عدم صحة هذا الشرط، ويبقى الخيار للمشتري، عملاً بقوله ﷺ وبقضاء سيدنا عثمان رضي الله عنه سابقي الذكر. وهذا الذي أرجحه، لأن المدلس وضع هذا الشرط لسوء نيته، فهو محتال، وإذا كان أمره كذلك فلا يجوز أن يفسح له المجال لأن يستفيد من شرطه، وهذا في المعاوضات المالية وفي عقد الزواج. والله أعلم.

---

(١) مالك، الموطأ، ٤/١٨٥، مع المنتقى، ط دار الكتاب العربي .
(٢) ابن قدامة، الكافي، ٢/٩٣. أطفيش، شرح النيل، ٨/٤٨٨.
(٣) أطفيش، شرح النيل، ٨/٤٨٨.
(٤) العنسي، التاج المذهب، ٢/٤١٨.

٤ - التغرير:

والتغرير خداع أحد العاقدين الآخر بوسيلة احتيالية قولية أو فعلية، لحمله على الرضى في العقد لو لم توجد ما كان ليرضى به.

والتغرير نوعان؛ تغرير فعلي، وتغرير قولي.

فالتغرير القولي يكون في السعر أو الأجرة، كما لو قال البائع للمشتري: دفع لي غيرك كذا فلم أقبل، أو أن هذه البضاعة لا مثيل لها في السوق، أو تساوي أكثر.أو يقول المؤجر للمستأجر: أتاني أناس كثير ليستأجروا، ودفعوا لي أجرة أكثر فلم أقبل، إلى غير ذلك من المغريات.

وأما حكم هذا البيع: فالحنفية والحنابلة والجعفرية قالوا: إذا صحب التغرير غبن فاحش فإنه يحق للمغبون إبطال العقد، ليدفع الضرر عنه، لأن رضاه ليس سليماً بما حصل بسبب التغرير(١). وهذا الوجه المرجوح لدى الشافعية(٢). وذهب الشافعية في أصح القولين عندهم إلى عدم الخيار للمشتري لتفريطه، حيث لم يتأمل ولم يراجع أهل الخبرة(٣).

وأما التغرير الفعلي فيكون بتغيير الوصف في محل العقد، كمن يضع الجيد من السلعة في الأعلى والرديء منها في الأسفل، وكما في تصرية الإبل والغنم، حيث يربط صاحبها أخلاف ضرعها ويترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيكثر فيظن المشتري أن ذلك عادتها.

وقد ورد النهي عن هذا بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: "لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر"(٤). وعنه "أن رسول

---

(١) ابن قدامة، الكافي، ٢/٢٢. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٥/١٤٣. النجفي، جواهر الكلام، ٨/٢٤١. الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ١/٣٨٠.

(٢) شربيني، مغني المحتاج، ٢/٣٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) متفق عليه؛ البخاري، صحيح البخاري، ٣/٩٢. نووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ١٠/١٦٠.

الله ﷺ نهى عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر"[١]. وعنه "أن رسول الله ؟ مر على صبرة من طعام، فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللا فقال: ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني"[٢]. وفي رواية "منا". وعنه ﷺ قوله: "بيع المحفلات[٣] خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم"[٤].

وعند وجود التغرير الفعلي فإنه يحق للمشتري إبطال العقد، وهذا عند جمهور الفقهاء[٥].

أما أبو حنيفة فلم يقل برد المصراة، بل يرجع المشتري قيمتها إن كان أنقص مما اشتراها به[٦].

لكن من المعلوم عند أبي حنيفة أن من اشترط وصفاً في المبيع فلم يتوفر هذا الوصف فيه، كمن اشترى شاةً على أنها حلوب – لبون – فبانت بعد شرائها غير ذلك – فله الخيار، إن شاء رده، وإن شاء أخذه بجميع الثمن.

وهنا يتضح الفرق بين فوات الوصف وبين المصراة عند أبي حنيفة، فالشاة المصراة بعد حلبها يبقى وصفها أنها ذات لبن، إلا أن تصريتها كانت إيهاماً للمشتري في زيادة لبنها عن مثيلاتها، وهذا بخلاف الشاة التي ذهب وصفها بحيث لا يجتمع لها لبن يكفي لوصفها بأنها لبون، فالأولى قال بعدم الرد، والثانية قال بثبوت الرد لفوات الوصف[٧]. والله أعلم.

---

(١) رواه مسلم؛ نووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ١٠/١٥٦، ١٥٧.

(٢) رواه مسلم، نووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ٢/١٠٨، ١٠٩.أبوداود، سنن أبي داود، ٣/٢٧٠.ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ٢/٧٤٩.

(٣) محفلات: جمع محفلة، وهي المصراة.

(٤) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ٢/٧٥٣.

(٥) شربيني، مغني المحتاج، ٢/٦٣. ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٢٢٣. ابن قدامة، الكافي، ٢/٨٠. الصنعاني، سبل السلام، ٣/٢٦، ٢٧.

(٦) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٥/٤٤.

(٧) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ١/٣٨٣.

الغبن مع التغرير:

والغبن أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر، بأن يكون أقل من قيمته أو أكثرمنها[1]. أو هو طغيان مصلحة أحد المتعاقدين على مصلحة الآخر بحيث لا يكون توازن بين ما يأخذ وما يعطي[2]. والتغرير هو خداع أحد العاقدين الآخر بوسيلة احتيالية قولية أو فعلية، لحمله على الرضا في العقد لو لم توجد ما كان ليرضى به.

والغبن نوعان؛ غبن يسير، وغبن فاحش.

فالغبن اليسير: ما يدخل تحت تقويم المقومين وتقدير الخبراء، كما لو باع بثمانين ديناراً، فلو عرض على أهل المعرفة والخبرة قدروه بعضهم بسبعة وسبعين وقدره البعض الآخر بثمانين، فالثلاثة التي اختلف فيها الخبراء تعتبر غبناً يسيراً.

وأما الغبن الفاحش: فهو مالا يدخل تحت تقدير الخبراء، كما لو بيع بثمانين ديناراً، ولكن لما عرض على الخبراء قدره البعض بستين، وقدره بعضهم بخمسة وستن، وبعضهم قدره بسبعين، فالفرق بين أعلى تقدير وبين الثمن الذي بيع به - أي ثمانين - عشرة دنانير فهذه تعتبر غبناً فاحشاً.

وبعد بيان نوعي الغبن نقول: هل للغبن أثر في العقد أم لا؟

ذهب عامة الفقهاء إلى أن الغبن اليسير ليس له تأثير على العقد، لأن فيه مشقة في الاحتراز عنه في الواقع العملي، ثم إن الناس - عادة - يتسامحون فيه، لذلك لا يجوز فسخ العقد به.

وأما الغبن الفاحش: فإنه يعيب الرضا، لكن الفقهاء اختلفوا في تاثيره على العقد. فالحنفية - في ظاهر الرواية - ذهبوا إلى عدم تأثير الغبن الفاحش وحده على العقد، إلا أن ينضم إليه تغرير - خداع - من أحد المتعاقدين، لأن

---

(١) زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/٢٢١.
(٢) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ١/٣٧٨.

الغبن المجرد عن الخديعة يدل على تقصير المغبون بعدم سؤاله أهل الخبرة أو عدم ترويه، وإذا كان كذلك فإنه يجوز لأي إنسان طلب المنفعة ما لم يضر بالجماعة. لكن إذا وجد مع الغبن الفاحش تغرير اعتبر المغبون معذوراً، لأن رضاه بالعقد كان مبنياً على عدم الغبن، فإذا ظهر الغبن كان رضاه بالعقد معيباً، لأجل ذلك كان له حق الخيار في إبطال العقد.

إلا أن الحنفية استثنوا ثلاث حالات أجازوا فيها فسخ العقد بالغبن الفاحش المجرد عن التغرير، وهي أموال اليتيم والمجنون والسفيه، وأموال الوقف وأموال بيت المال، أي الخزينة العامة(١).

وذهبت الشافعية – في أصح القولين عندهم – إلى عدم تأثير الغبن الفاحش في التصرفات، سواء أكان معه تغرير أو متجرداً عنه، لأن المغبون فرط في حق نفسه، حيث لم يتأمل ولم يراجع أهل الخبرة واستثنوا تلقي الركبان، حيث أثبتوا لهم حق الخيار إذا غبنوا،(٢) عملاً بقوله ﷺ: "لا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق، فمن تلقاها فصاحب السلعة بالخيار"(٣).

وذهب الحنابلة إلى تأثير الغبن الفاحش في العقد، سواء أكان بتغرير أو بدونه، ويثبت للمغبون حق الخيار في حالات ثلاث، هي:(٤)

١ – تلقي الركبان: وهو أن يخرج الرجل من البلد لتلقي جماعة من الناس يجلبون أمتعة إلى البلد، فيشتريه منهم قبل قدومهم البلد ووصولهم السوق ومعرفتهم السعر، فإذا غبنوا غبناً فاحشاً كان لهم الخيار، لقوله:لا تلقوا الركبان، وقوله ﷺ: "لا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق، فمن تلقاها

---

(١) حيدر، درر الحكام، ١/٣٦٨، ٣٦٩. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٤/١٤٢، ١٤٣.
(٢) شربيني، مغني المحتاج، ٢/٣٦، ٣٧ .
(٣) متفق عليه؛ البخاري، صحيح البخاري، ٣/٩٥. نووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ١٠/١٦٢ – ١٦٤. النسائي، سنن النسائي، ٧/٢٥٧. أبو داود، سنن أبي داود، ٣/ ٢٦٦، ٢٦٧.
(٤) ابن قدامة، الكافي، ٢/٢٢.

فصاحب السلعة بالخيار). فإن لم يغبن فلا خيار له، لأنه إنما يثبت لدفع الضرر عن البائع، ولا ضرر مع عدم الغبن، والحديث يحمل على هذا. وهذا هو المذهب عندهم.

٢ – النجش؛ فالمشتري إذا غبن غبناً فاحشاً – سواء أكان بمواطأة من البائع أم لا فله الخيار، لأنه غبن للتغرير بالعاقد، كتلقي الركبان وهذا هو المذهب عند الحنابلة، وفي رواية عندهم أن البيع باطل، لأن النهي يقتضي الفساد.

٣ – المسترسل؛ وهو الذي يشتري السلعة بثمن زائد على ما يشتري في العادة لجهله بقيمة السلعة. وبعبارة أخرى هو الذي يجهل قيمة الأشياء، ولا يحسن المساومة عليها، فيشتري مطمئناً إلى البائع، فإذا غبنه في السعر كان للمسترسل الخيار لقوله ﷺ: "غبن المسترسل ظلم"[(١)].

وذهبت المالكية إلى صحة ما سبق من البيوع الثلاثة، إلا أنهم استثنوا بيع النجش دون غيره، حيث أثبتوا للمشتري حق الخيار، كالعيب[(٢)].

جـ – الغلط:

والغلط في اللغة ما قابل الصواب، فيقال: غلط فلان أي إذا أخطأ وجه الصواب[(٣)]. واصطلاحاً: هو تصور خاطيء من العاقد لغير الواقع فيظنه واقعاً، مما يحمله على إنشاء العقد وإبرامه لولاه ما أقدم عليه.

وجه الاتفاق والاختلاف بين الغلط والخلابة:-

ويتفق الغلط مع الخلابة في أن كلا منهما يدخله الوهم. إلا أن الوهم الموجود في الخلابة كان بطرق احتيالية خارجية ناشئة من فعل العاقد أو من رجل يتواطأ معه، أما الوهم الموجود في الغلط فلم ينشأ بهذه الطرق، وإنما هو ناشيء من تلقاء نفس صاحبه. وهذا هو وجه الاختلاف.

---

(١) ابن مفلح، الفروع، ٤/٩٧.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٢١١، ٢١٢. دردير، الشرح الكبير، ٣/٦٧. ٧٠.

(٣) فيومي، المصباح المنير، مادة غلط .

أنواع الغلط:

والغلط ينقسم إلى أربعة أنواع، غلط في الشيء، وغلط في القيمة، وغلط في الحكم الشرعي. وهذه الأنواع ستبين على النحو التالي:

١ - الغلط في المحل أو المعقود عليه:

والغلط في الشيء يكون في اختلاف الجنس، كأن يعتقد أحد العاقدين أن المعقود عليه من جنس معين فإذا به من جنس آخر، فهذا الغلط يمنع انعقاد العقد، لفوات محل العقد، كما لو باع حنطة فإذا بها شعير أو رز»، أو يبيع ذهباً فإذا به فضة أو نحاس، وإذا وقع العقد فإنه يعتبر باطلاً لانعدام محله.

ويعتبر العقد باطلاً - أيضاً - فيما لو تفاوت الشيئان بينهما تفاوتاً فاحشاً، ولو اتحدا جنساً، كما لو ابتاع داراً من حجر فإذا هي من طوب، أو ابتاع سيارة معينة مصنوعة سنة ١٩٩٤م فإذا بها مصنوعة سنة ١٩٨٠م فهذا التفاوت الفاحش بين ما أراده العاقد وبين حقيقة المعقود عليه يعتبر غلطا يبطل العقد معه، لأن التفاوت الفاحش جعل الشيئين - مع كونهما من جنس واحد - مختلفين في المعنى، فالتحقا بمختلفي الجنس حقيقة.

ولكن إذا اتحد الجنس مع تفاوت غير فاحش - فوات الوصف المرغوب فبه - فإن العقد يعتبر صحيحاً، ويثبت الخيار في هذه الحال للمشتري، كما لو اشترى كبشاً فإذا هو نعجة، أو ثوباً على أنه أصفر فإذا هو أحمر، أو أرز أمريكي فإذا هو مصري، أو يشتري بقرة على أنها لبون - حلوب - فإذا هي غير ذلك.

هذا في الأمور المالية، أما في الزواج فإن الحنفية والزيدية قالوا: إذا اشترط أحد الزوجين على صاحبه وصفاً معينا مرغوباً فيه فبان خلافه لم يكن له الخيار في الفرقة(١). وذهبت المالكية والشافعية - في المعتمد عندهم - والحنابلة إلى ثبوت الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه لمن شرطه(٢).

---

(١) العنسي، التاج المذهب، ٢/٩٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٢/٣٢٥. ٣٢٧، ط دار الكتب العلمية.

(٢) شربيني، مغني المحتاج، ٣/٢٠٧، ٢٠٨. بهوتي، كشاف القناع، ٥/١١٢. دردير، الشرح الكبير، ٢/٢٨٠، ٢٨١.

فيما سبق كان الحديث عن الغلط الذي يعيب الإرادة الحقيقية، ومع أن الإرادة الحقيقية معتبرة في الشريعة ومحترمة في الشريعة الإسلامية فكذلك استقرار التعامل بين الناس معتبر - أيضاً - فيها. والشريعة الإسلامية تسعى إلى تحقيق هذين الاعتبارين مادام ذلك ممكناً، لكن عند التعارض بينهما فإن الشريعة الإسلامية تحترم الإرادة الحقيقية إذا كان الغلط واضحاً، وذلك لوضوح إرادة العاقد الحقيقية، وتحترم استقرار التعامل بين الناس إذا كان الغلط غير واضح، لتدرأ الزعزعة والتنازع بينهم، وذلك باعتماد الإرادة الظاهرة بدل الإرادة الحقيقية، لعدم وضوحها.

ووضوح غلط العاقد يكون بطريقتين، الأولى: أن يكشف العاقد عن مراده بنفسه صراحة. والثانية: أن يكون مراده واضحاً دلالة.

الطريقة الأولى: أن يكشف العاقد عن مراده بنفسه صراحة:

والكشف عن مراد العاقد بنفسه صراحة يكون بتعيين جنس المعقود عليه أو وصفه في العقد، ثم يظهر خلاف ذلك. فإن كان الاختلاف في الجنس، كما لو باع حنطة فإذا بها شعير فإن العقد يعتبر باطلاً، لعدم تطابق الإيجاب والقبول في جنس المبيع، مما أدى إلى انعدام محل العقد.

وإن كان الاختلاف في الوصف ففي ذلك تفصيل، إن وجد تفاوت فاحش بين ما أراده العاقد وبين المبيع، كما لو اشترى سيارة على أنها صنع سنة ١٩٩٣ فإذا بها مصنوعة سنة ١٩٧٨، فهذا التفاوت الفاحش مع كون الشيئين متحدين جنساً يجعل العقد باطلاً.

وإن كان التفاوت غير فاحش وكان المعقود عليه غائباً عن محل العقد مع أنه قد عين بالذات أو كان حاضراً مجلس العقد والعاقد لا يدرك وصفه بالمعاينة كما لو باع ثوباً على أنه أحمر وكان المشتري أعمى أو حدث البيع ليلا في الظلام ثم تبين المبيع على خلاف الوصف الذي ذكر في العقد، فهذا التفاوت الغير فاحش بين المبيعين يجعل رضاء العاقد بالعقد معيباً، لذلك يعطى المشتري حق الخيار في إبطال العقد، لفوات الوصف المشروط في العقد.

وفي عقد الزواج إذا ظهر في أحد الزوجين عيب تستحيل معه الحياة الزوجية كالجذام والعنة والقرم والجب والإيدز، فللآخر الخيار في فسخ العقد.

قال الدكتور وهبة الزحيلي بارك الله فيه:" ويلحق به – أي بالغلط في الوصف – الغلط في شخص العاقد، كالتعاقد مع طبيب مشهور فإذا هو غيره، يجعل العقد غير لازم، أي أن الغالط له الخيار في فسخ العقد"(١).

أقول: إذا تعاقد مستشفى مع طبيب معين – كأن يكون علياً – فلم يأت وأتى طبيب آخر – كأن يكون خالداً – فإن العقد في هذه الحال يعتبر منتهياً بامتناع أو اعتذار الطبيب المتعاقد معه عن العمل، وأما الطبيب الثاني – خالد – فليس طرفاً في العقد، فيعتبر أجنبياً عنه ولا غلط فيه، والمستشفى إن شاء أن ينشيء عقداً مستقلاً مع الطبيب خالد وإن شاء لا ينشيء.

هذا إذا كانت صفة العاقد لها ارتباط بموضوع العقد، أما إذا لم يكن لها ارتباط فإن الغلط في الشخص لا يؤثر في العقد، كمن يبيع شيئاً لمشترٍ طاريء يظنه فلاناً فإذا به غيره.

٣ – الغلط في القيمة:

والغلط في القيمة يعتبر عيباً يعيب رضا العاقد إذا وقع غبن فاحش مجرد عن الخلابة، كما إذا وقع غبن فاحش في أموال المحجور عليهم ليتم أو سفه أو جنون، وأموال الوقف، وأموال بيت المال.وهذه الامور قد سبق الحديث عنها فلتراجع هناك.

٤ – الغلط في الحكم الشرعي:

والغلط في الحكم الشرعي يعني أن الشخص كان جاهلاً بالحكم الشرعي عند إنشائه العقد وإبرامه. والقاعدة العامة أن الجهل بالشريعة خاصة في البلاد الإسلامية لا يعتبر عذراً مانعاً من تنفيذ أحكامها على الجاهل، لأنه لو جعل

(١) زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/٢١٧.

الجهل عذراً لتهرب الناس من تنفيذ أحكام الشريعة على تصرفاتهم بدعوى جهلهم بها. لذلك من عقد عقداً نفذت في حقه أحكامها ولو كان جاهلا بها.

لكن في بعض الأحيان يعتبر الجهل معذرة شرعية مانعة من المؤاخذة في بعض التصرفات، كمن أسلم بعيداً عن البلاد الإسلامية جاهلاً بالتكاليف التي يفرضها الإسلام عليه.

وبناءً على ما سبق فإن الغلط في الحكم الشرعي لا يعتبر عذراً مؤثراً في العقد. والله أعلم.

الخاتمة

بعد حمد الله وتوفيقه على تمام هذا البحث توصلت إلى أهم الأمور ملخصة على النحو التالية:

١ - الإرادة العقدية هي القصد إلى إنشاء العقد وإبرامه بما يدل عليه.

٢ - يجوز تولي طرفي العقد من شخص واحد إذا كانت له ولاية أو وصاية أو وكالة شرعية.

٣ - الإرادة العقدية نوعان: باطنة وظاهرة، فالأولى لا يطلع عليها إلا الله ثم صاحبها والعقود لا تقوم بهذه الإرادة، لأنه لا ينسب إلى ساكت قول، ويستثنى من ذلك سكوت البنت البكر في عقد الزواج الذي يدل على رضاها وإذنها.

والظاهرة هي المعبرة عن الإرادة الحقيقية بالنطق وبالفعل وبالإشارة والكتابة.

٤ - إن الإرادة الظاهرة قد توجد وحدها في الواقع العملي مجردة عن الإرادة الحقيقية، لوجود دليل على انعدامها أو انتفائها أو على الشك بها. فانتفاؤها وانعدامها يجعل العقد صوريا، والشك بها يجعل الإرادة معيبة.

٥ - إن العقد الصوري يكون في ثلاث حالات هي: ١- المواضعة؛ وهي أن يتفق العاقدان سراً على خلاف ما سيعلنانه. ٢- الهزل. ٣- التعليم والتمثيل.

٦ - إن الإرادة الظاهرة تكون معيبة في ثلاث حالات:١- الإكراه. ٢- الخديعة. ٣- الغلط.

جريدة المراجع

أولا: الحديث وعلومه:

١ - أبو داود، سليمان بن الأشعث، السجستاني، سنن أبي داود، دار لحديث، القاهرة.

٢ - أحمد، أحمد بن حنبل، المسند، المكتب الإسلامي، بيروت.

٣ - الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن أبي داود، مكتبة المعارف، الرياض، ط٢، ١٤٢٢هـ ٢٠٠٠.

٤ - الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف، الرياض، ط١، ١٤١٧هـ ١٩٩٧.

٥ - البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، صحيح البخاري، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ ١٩٨١.

٦ - ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، دار الريان للتراث.

٧ - البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، دار صادر، بيروت، ١٣٥٣هـ.

٨ - الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، دار المحاسن للطباعة، القاهرة، ١٣٨٦هـ ١٩٦٦.

٩ - الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن، سنن الدارمي، دارالمحاسن للطباعة، ١٣٨٦هـ ١٩٦٦.

١٠- سعيد، سعيد بن منصور بن شعبة، سنن سعيد بن منصور، دار الكتب العليمة، ط ١، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥.

١١- الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٤، ١٣٧٩هـ ١٩٦٠.

١٢- مالك، مالك بن أنس، الموطأ، دار النفائس، بيروت، ١٤٠٢هـ ١٩٨٢.

١٣- مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم بشرح النووي، دار الريان للتراث، القاهرة، ط١، ١٤٠٧هـ ١٩٨٧و ط دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٤١٥هـ ١٩٩٥.

١٤-النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي، سنن النسائي، دار الفكر، بيروت، ط ١، ١٣٤٨هـ ١٩٣٠.

ثانياً: الفقه الحنفي:

١ - ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار للحصكفي، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط٢، ١٣٨٦هـ ١٩٦٦.

٢ - ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٣-حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤١١هـ ١٩٩١.

٤ - السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت.

٥ - الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٣٩٤هـ ١٩٧٤.

ثالثاً: الفقه المالكي:

١ - ابن رشد، أبو الوليدبن أحمد الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ ١٩٩٢.

٢ - الحطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل، مكتبة النجاح، ليبيا.

٣ - الخرشي، محمد، شرح الخرشي، دار الفكر.

٤ - دردير، أبو البركات أحمد، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية.

٥ - دسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية.

٦ - العدوي، الشيخ علي، حاشية العدوي، دار الفكر.

رابعاً: الفقه الشافعي:

١ - الجمل، سليمان، حاشية الجمل، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٢ - الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، ط الأخيرة، ١٤٠٤هـ١٩٨٤.

٣ - شربيني، محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، على متن المنهاج، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ١٣٧٧هـ ١٩٥٨.

خامساً: الفقه الحنبلي:

١ - ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

٢ - ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، الكافي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٥، ١٤٠٨هـ ١٩٨٨.

٣ - ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج عبدالرحمن بن أبي عمر، الشرح الكبير مع المغني، دارالكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٣هـ ١٩٨٣.

٤ - ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤١٤هـ ١٩٩٣.

٥ - ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد، الفروع، عالم الكتب، بيروت، ط٤، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥.

٦ - بهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع، عالم الكتب، ١٤٠٣هـ١٩٨٣.

سادساً:الفقه الزيدي والمذاهب الأخرى:

١ - أطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل، مكتبة الإرشاد، جدة، ط٣، ١٤٠٥هـ١٩٨٥.

٢ - ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت، و ط دار الآفاق الجديدة.

٣ - العنسي، أحمد بن قاسم، التاج المذهب، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، ١٤١٤هـ ١٩٩٣.

٤ - المرتضى، أحمد بن يحيى، شرح الأزهار، مطبعة المعارف، مصر، ١٣٤٠هـ.

٥ - المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٣٩٤هـ ١٩٧٥.

٦ - النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، مؤسسة المرتضى العالمية، و دار المؤرخ العربي، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ ١٩٩٢.

سابعاً: أصول الفقه:

١ - علاء الدين البخاري، علاء الدين بن عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، دار الكتاب العربي، بيروت.

ثامناً: الفقه العام والحديث:

١ - أحمد، أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، ١٩٩٠.

٢ - زحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط٣، ١٤٠٩هـ ١٩٨٩.

٣ - الزرقاء، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ط٩، ١٩٦٧-١٩٦٨.

٤ - شبير، محمد عثمان، عقد المزايدة بين الشريعة والقانون، مجموعة بحوث فقهية مع غيره، دار النفائس، عمان، ط١، ١٤١٨هـ ١٩٩٨.

٥ - السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر.

٦ - عقلة، محمد، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ط١، ١٩٨٣.

٧ - القره داغي، علي محي الدين، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ ١٩٨٥.

٨ - القليصي، علي أحمد، فقه المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، مكتبة الجيل الجديد، ط٢، ١٤١٤هـ ١٩٩٣.

٩ - الكردي، أحمد الحجي، فسخ الزواج، اليمامة للطباعة والنشر، بيروت ودمشق.

تاسعاً: المعاجم:

١ - الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت.

٢ - الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، دارالفكر.

Doctrinal will and its impurities in Islamic doctrine

Dr. Ahmad Yousef Smadi.
Assistant professor in Aal-Abait University- Faculty of Legal & Doctrinal studies- rules & doctrine section

Research work:

Being well guided and directed by Allah, I have reached the most serious matters summarized as follow:

1 - Faith volition is intended to make the contract and intered into the same.

2 - single person is entitled to under take the two ends of the contract if he is supported by legal trusteship, guarantee and work ship.

3 - Faith volition is two types: Secret and visible. The former, known only by Allah, the owner contract can't be concluded through such will since no saying is attributed to silent person with exception of virgin girl silence marriage contract, a matter indicates her agreement and permission of the same visible volition states true will through ulterance, action, signal and writing.

4 - Visible will may exist alone in practical reality free from true volition where it's proven to be nothing, nonexisted or suspected, such demerits make the contract nominal and suspician make the will defected.

5 - Nominal contract valiable in three cases;

    1 - fabrication: that is the two parts agreed secretly to do something contrasting the reality.

    2 - Jesting

    3 - Educating and act.

6 - Been volition is defected in three cases;

    1 - Compulsion

    2 - trick

    3 - fault